

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**Los elementos procomunales en la propiedad horizontal**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**José Poveda Díaz**

**Madrid, 2015**

LOS ELEMENTOS PROCOMUNALES  
EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL



BIBLIOTECA  
DE DERECHO

Tesis para la obtención del  
grado de Doctor, por

José Poveda Díaz

I . - INTRODUCCION

Uno de los Textos legales que más literatura jurídica ha producido en nuestro país en los últimos tiempos dentro del Derecho Civil, es, sin duda, - la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de Julio de 1960. ¿Cuales son las razones de que hayan sido tan abundantes los estudios jurídicos sobre este tipo de propiedad? no cabe duda que, en primer lugar, hoy día las Leyes quedan anticuadas ya que la realidad social se altera y modifica de una manera vertiginosa, modificando los presupuestos sociales que sirven de base a la regulación legal; continuamente surgen nuevas necesidades a las que es preciso poner remedio urgente; por otra parte, tampoco cabe dudar de la rapidez con que se crean instrumentos económicos que tratan de apor--tar una solución -económica- a las necesidades crea--das. Entonces el jurista se encuentra en la necesidad de aplicar las normas jurídicas existentes a las nuevas necesidades creadas y en la obligación de dar soluciones jurídicas a las figuras económicas nacidas - de tales necesidades. Pero es que, además, en materia de propiedad horizontal o propiedad de casas por pi--sos existen otros motivos, que se añaden a los ante--riores, y que traen como consecuencia un "envejecimiento

to precoz" de las normas jurídicas que regulan la institución. De un lado, la absoluta necesidad de solucionar el problema de la vivienda desde el punto de vista de los poderes públicos, de otro esa misma necesidad - unida en múltiples ocasiones de manera angustiosa, a nivel personal o familiar, para encontrar solución a la necesidad de vivienda en las ciudades adonde las familias se desplazan desde las zonas rurales o en donde el hombre pretende crear una nueva familia .

Tampoco cabe olvidar la fuerte incidencia en dicha problemática de las grandes o pequeñas empresas constructoras con una ingente cantidad de medios - que defender y de intereses que hace valer y que cuentan con asesorías jurídicas y económicas dispuestas a desplegar todo su ingenio para encontrar los medios - con que defender dichos intereses.

Finalmente el problema se agudiza en materia de propiedad horizontal si nos encontramos con una legislación -como lo es la nuestra- que nació ciertamente raquítica e insuficiente y que solucionó sólo - una pequeña parte de los problemas que, ya en el mo--

mento en que se redactó, estaban planteados. Por eso la <sup>4</sup>insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal, título de un magistral estudio sobre el tema (1), es el hecho que descuella cuando el estudioso trata de aproximarse a la institución.

¿Y cual es la función del jurista ante la insuficiencia de las normas?. Sin duda, interpretar-- las, tratar de sacar de las mismas normas las soluciones más adecuadas. Tratar de encontrar, para ello, - cual es el espíritu, las líneas maestras sobre las que gira el texto legal y solucionar el problema haciéndolo entrar dentro del radio de acción de dichas líneas maestras. Por eso nunca he estado de acuerdo cuando en un estudio jurídico en el que se trataba de una institución deficientemente regulada -o, en muchos casos - no tan deficientemente-, se trataba de importar una - solución hallada en la legislación extranjera o un - concepto doctrinal creado de espaldas a la norma, alegando que no se encontraba en ningún precepto de di--cha norma, una oposición a dicha solución o concepto. Pienso por ello que el jurista debe sacar todas las - consecuencias de la norma, y, en todo caso, propugnar

"de lege ferenda", la solución que crea más correcta.

Opino con De Castro que "el único procedimiento interpretativo adecuado a la naturaleza de las normas es, pues, el finalista o teleológico; que, además, aunque pueda parecer paradoja es el más seguro y el más respetuoso hacia la autoridad del legislador, al que se presume razonable y justiciero".

"El Tribunal Supremo -sigue diciendo De Castro- ha seguido en su jurisprudencia, abierta y - claramente, el criterio de la interpretación finalista. De sus sentencias puede deducirse la doctrina siguiente:

1º.- Que la misión del intérprete es la búsqueda de la finalidad verdadera de las Leyes: "si la justicia ha de administrarse recta y cumplidamente, no - ha de atenderse tanto a la observación estricta y literal del texto del precepto legal como a su indudable espíritu, recto sentido y verdadera finalidad - - (S.T.S. 26 Noviembre 1.929), "la misión confiada al Tribunal Supremo, es precisamente, la de interpretar los preceptos jurídicos, teniendo en cuenta los fines

de la Institución" (S.T.S. 2 Julio 1.926).

2°.- Que al interpretarse la Ley, se debe colaborar para la consecución de su fin evitando entenderla - de modo que se facilite o haga posible su fraude (S. 22 Enero 1.947, 27 Noviembre 1.947).

3°.- Que la interpretación de la Ley puede y debe cambiar, admitiéndose la necesidad de una jurisprudencia dinámica (S. 21 Abril 1.926), que "es preciso - que los resultados que se obtengan merced a estos dos elementos clásicos (gramatical y lógico), sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse sociológico, integrado por aquella serie de factores -ideológicos, morales y económicos- que revelan y - completan las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico" (S.T.S. 21 Noviembre 1.934), cambiando en su caso, de acuerdo con los nuevos principios (S.T.S. 1 Julio de 1.940).

4°.- Que en la búsqueda del sentido de una Ley se puede suplir y completar un texto legal, contra su



sentido literal, para evitar un absurdo, pues es misión de los Tribunales armonizar y hacer viables los preceptos discordantes. (S.T.S. 30 Noviembre de 1.943).

5º.- Que no debe olvidarse "el fin supremo de la justicia a la que la disposición legal debe, ante todo, responder, y el cual fin únicamente puede estimarse debida y razonablemente cumplido cuando el precepto se aplica en forma tal que permita, usándose por el juzgador de una adecuada y justa flexibilidad de criterio, acomodarse a las circunstancias del caso (S.T.S. 26 Noviembre 1.929, 8 Julio de 1.940).

6º.- Que, como guía para la interpretación, debe atenderse al carácter de cada norma, según su finalidad jurídica (3).

Finalmente, y para terminar esta digresión que si es larga, me parece esencial, ya que es preciso sentar las bases sobre las que se apoyan las conclusiones a las que voy a llegar en este trabajo, diré que me parece esencial en materia de interpretación el examen

de los antecedentes históricos de una norma. "Los antecedentes inmediatos de las leyes tienen un valor que - conviene aquilatar. No vinculan al intérprete ni su violación supone infracción de ley, pero su autoridad es - muy grande". (4).

Después de esta -necesaria- disgresión, vamos a seguir con el objeto de nuestro estudio.

La propiedad horizontal es un tipo especial de propiedad en el cual la primera característica que - resalta, incluso para el que no es técnico en Derecho, es la unión inseparable entre "propiedad separada" y copropiedad. En la propiedad horizontal se da un matrimonio indisoluble entre dos tipos de derecho: El de "propiedad separada" sobre el piso o local y el de copropiedad sobre los elementos comunes. La copropiedad es entonces una situación estable, digna de protegerse por ser necesaria y no algo "a extinguir" o fuente de problemas, como la considera nuestro Código Civil.

Por eso la doctrina señala unánimemente (y

la Ley también, por supuesto) dos partes o elementos en el objeto único sobre el que recae el derecho de propiedad horizontal: El piso o local, objeto de "propiedad separada" por una parte, y los elementos comunes, objeto de copropiedad, por otra.

Como decíamos antes, esa copropiedad que recae sobre los elementos comunes, es un tipo de copropiedad que, en un aspecto, difiere sensiblemente, casi de modo antitético, de la copropiedad regulada en nuestro Código Civil, y esa diferencia surge de la característica que también antes apuntábamos: el carácter necesario, forzoso, de tal copropiedad. Por eso la L.P.H. elimina, en cuanto a los elementos comunes objeto del derecho de copropiedad, la posibilidad de división, imponiendo, en consecuencia, la permanencia forzosa en tal tipo de copropiedad mientras se sea titular de un piso o local. Queda claro entonces que la indivisibilidad de los elementos comunes es algo que viene impuesto por la necesidad, o, en algunos casos al menos, gran conveniencia de su indivisión. Pero, para ello, para que se produzca tal indi-

visibilidad, es imprescindible que se dé el supuesto de la misma: es decir, que se trate realmente de elementos comunes, que son aquellos sobre los que recae esa copropiedad, que es especial, y que se regula por las normas de la propiedad horizontal con preferencia a las normas generales del Código Civil. Dicho de otra forma, y aunque ello suponga adelantar ideas que desarrollaremos después, la eliminación de la "actio communi dividundo" tiene por única y exclusiva finalidad - la de evitar la extinción, por este camino, de la propiedad horizontal, ya que resulta obvio que la misma no puede subsistir si no existe copropiedad sobre dichos elementos comunes. Todo tipo de copropiedad que pueda darse sobre pisos o locales, es decir, que no sea la copropiedad especial de tales elementos comunes, cae fuera del ámbito de regulación de la Ley de Propiedad Horizontal, y, por tanto, debe regirse por las normas generales establecidas en el Código Civil. Si esas normas resultan o parecen estrechas para aplicarse a supuestos especiales de copropiedad de pisos o locales, habrá que propugnar su modificación, pero, en ningún caso tratar de aplicar las normas especia--

les de la propiedad horizontal, dictadas -como veremos- para supuestos distintos; sin olvidar, además, que también la norma de la división de la copropiedad a petición de cualquiera de los partícipes, puede resultar -inconveniente en su aplicación a situaciones ajenas a la propiedad horizontal, y no por ello se excluye su -aplicación, bien es verdad que ello quizá sea debido a que no se encuentra una vía útil -aunque sea estrecha- para, forzando el sentido de la norma, excluir la regulación general.

II.- EL ARTICULO 4 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL.GENESIS

La "actio communi dividundo", se quiera o no, es algo esencial en la regulación de nuestro Código Civil a la copropiedad que nuestro primer texto legal regula en los artículos 392 a 406. Y es tan esencial que el artículo 400, primero de los que se dedican a la acción de división comienza sentando el criterio básico de que "ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común".

Se ha afirmado (5) que la exclusión de la acción de división no repugna a la idea de comunidad, como revela el artículo 401 del Código Civil, al decirnos que los propietarios no podrán exigir la división de la cosa común cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destine. En el mismo sentido se ha dicho (6) que el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal ha tropezado por segunda vez en la misma piedra que el Código Civil en los artículos 401 (Apartado 1º) y 404 y que la copropiedad del artículo 401, 1º, en la que no puede exigirse la división (ni siquiera recurriendo a la venta y reparto del precio), no es la propiedad romana, y debió destacarse y regularse con in

dependencia.

No estimamos acertadas las opiniones anteriores. En nuestra opinión y en la de gran parte de la doctrina, el artículo 400 establece el criterio básico de que a petición de cualquiera de los copropietarios, se ha de hacer cesar, por una vía u otra, la situación de comunidad. Este principio sólo tiene una excepción, la que establece el párrafo 2º del precepto, en el sentido de que es obligatoria la permanencia en la comunidad cuando exista pacto en tal sentido, y aún en este supuesto, dicho pacto tendrá un plazo de duración, que no podrá exceder de diez años.

En el caso de que la cosa sea suceptible de división material, habrá de llevarse a cabo dicha división; pero en el caso contrario de que dicha división produzca el resultado de que la cosa resulte inservible para el uso a que se destina (artículo 401), la división material se sustituye por la llamada división jurídica (artículo 404), la cual consiste en que, o bien se adjudique a uno de los copropietarios indemnizando a los demás, o bien se lleve a cabo la venta de la cosa,



repartiendo el precio obtenido entre los distintos participes.

Creemos que este es el sentido de los preceptos legales. No existe contradicción alguna entre los distintos preceptos citados, ni se recogen en los artículos 392 a 406 de nuestro Código Civil dos formas distintas de comunidad. La confusión, empero, deriva de la defectuosa terminología del Código, que en unos supuestos utiliza la expresión "división de la cosa común" en el sentido restringido de división material o física -- (artículo 401), y en otras en un sentido amplio que abarca tanto la división material como la jurídica, cualquiera de las cuales produce la extinción de la situación de comunidad (artículo 400). Pero, de seguirse la interpretación de Carretero y Cámara se produciría una contradicción entre los artículos 404 y 400 por un lado, y el 401 por otro.

En resumen, en nuestro Código civil, es tan esencial la acción de división, que no puede pactarse - en contra de manera indefinida, ni por plazo que exceda de diez años, produciéndose, en caso contrario, la nulidad parcial del pacto, que producirá su efecto sólamente durante los diez años citados. Y dicha esencialidad

pasa incluso por encima del carácter de cosa indivisible que tenga el objeto sobre el que recae la copropiedad, pues, aún en dicho caso, "ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad", resolviéndose entonces el problema mediante el expediente de, o bien adjudicar la cosa a uno de los partícipes, que indemnizará a los demás, o bién, cuando los copropietarios no convinieren en ello, vender la cosa y repartir su precio.

Y es tan fuerte el principio del mantenimiento de la acción de división que sólo se limita --y parcialmente- cuando la impone el testador. Y decimos que parcialmente por que aún en este supuesto, se dará la división si concurre alguna de las causas por las que se extingue el contrato de sociedad (artículo 1051).

Es revelador, a este respecto el precepto contenido en el artículo 1062. Establece este precepto, referido a la partición de herencia, que "cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno - sólo de los herederos pida su venta en publica subas-

ta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga". No puede ocultarse el paralelismo de este artículo con los artículos antes citados de la comunidad de bienes. Si resulta claro que, en la comunidad que tiene su origen en la herencia, aunque la cosa sea indivisible, a petición de cualquiera de los partícipes, se extinguió la comunidad, mediante lo - que se ha llamado "división jurídica" ¿Cual es la razón para que dicho sistema no se aplique a aquella comunidad de bienes de distinto origen?. Aunque la interpretación que hemos hecho de los artículos 400, 401 y 404 no estuviera clara -que creemos lo está-, el argumento del 1.062 sería definitivo.

En este sentido interpreta la doctrina mas - autorizada los preceptos que comentamos. Así Manresa (7), que interpretando los artículos 401 y 404 del Código Civil afirma que "ningún condueño estará obligado, por el sólo hecho de no ser divisible el objeto, a permanecer en la comunidad, sino que, por el contrario, puede pedir en cualquier momento que aquella se disuelva reclamando no una parte de la cosa común y - si o la adjudicación de toda ella a uno indemnizando a los demás, o la venta y el reparto del precio".

Sigue afirmando el gran comentarista: "No ha faltado quien crea que el artículo 401 regula un caso de comunidad perpetua y forzosa, de la cual no se puede salir, ni en la forma que hemos indicado. Los que tal piensan olvidan que la disolución de la comunidad es principio capital del Código, y que ni la letra ni el fundamento del artículo 401 alcanzan a más que impedir la división material, nunca la adjudicación o la venta cuando mediante aquélla no se pudiera seguir utilizando el objeto poseído en común.

Pero toda duda se hace imposible relacionando el artículo 401 con el 404, que es su complemento y - que establece la solución por nosotros defendida, no ya para el caso en que la división material sea simplemente perjudicial, sino para aquellos en que resulta y es imposible, y no obstante, la naturaleza esencialmente indivisible del objeto, no supone la permanencia de la comunidad, sino que es lícito en cualquier condueño, pedir la disolución de aquella, noción jurídica distinta de la división material de la cosa, aunque ésta sea muchas veces el medio ordinario, no indispensable, de llegar a tal fin".

En el mismo sentido se pronuncia Sánchez Román, Castán (8), Puig Brutau (9), Albadalejo(10), Díez Picazo-Gullón(11), Cosío (12) y otros muchos autores, y la jurisprudencia: Así la sentencia de 15 de Febrero de 1966(13) afirma que cuando no procede la división "bien por ser la cosa indivisible o por ser aquella perjudicial, como subsiste siempre el derecho de exigir la disolución de la comunidad, para hacerlo efectivo - se sustituye la división por la venta de la cosa y reparto del precio, pero para ello es necesario que concurran estas dos circunstancias: indivisibilidad de la cosa o gran desmerecimiento de la misma por su división en partes y no haber logrado el convenio para su distribución".

Ante esta regulación de la copropiedad, los redactores de la Ley de Propiedad Horizontal quieren - dejar claro un principio: en efecto, dado que la institución supone una copropiedad de los elementos comunes, es preciso dejar sentado que no cabe la extinción de dicha copropiedad por el ejercicio de la "actio communi dividundo", ya que dicha división produciría la extinción del régimen de propiedad horizontal, el cual no puede subsistir sin la copropiedad de tales elementos

comunes. Por eso el proyecto de Ley de Propiedad Horizontal, después de describir en su artículo 1º los requisitos y efectos esenciales del régimen que se establece, pasa en su artículo 2º, a establecer la imposibilidad de que el mismo se extinga por el ejercicio de dicha acción. Está claro que lo que se pretende es única y exclusivamente que mediante el ejercicio de la acción de división se extinga el régimen o sistema de la propiedad horizontal, y ello, porque aquí la copropiedad no es ya una situación de la que se pueda prescindir, y mucho menos una situación que se estima transitoria y fuente de discusiones y problemas; en la propiedad horizontal, la copropiedad es algo necesario totalmente.

Por ello, el artículo 2º del proyecto establece: "En el régimen de propiedad horizontal no cabe la acción de división, sin perjuicio de su procedencia en cuanto a los apartamentos que pertenecieran a varios proindiviso"; dicho precepto pasaría a ser el primer inciso del artículo 4 de la Ley, formulado en los siguientes términos: "La acción de división no procederá para hacer cesar la situación que regula esta Ley. Sólo podrá ejercitarse por cada propietario proindiviso

sobre un piso o local determinado, circunscrita al mismo".

Parece claro lo que afirmábamos antes; la improcedencia de la acción de división se refiere a aquella división que produjera la extinción del "régimen" o "situación" que regula la Ley. Pero, como es natural, dicho régimen no se refiere a lo que podríamos llamar situación "de puertas adentro" del piso o local, por lo cual, cuando son varios los titulares de éste en proindiviso, cabrá respecto al mismo la acción de división, ya que la copropiedad de dicho piso o local es una copropiedad normal y corriente, regida por las normas del Código Civil. El derecho que recae sobre el piso "de puertas adentro" es en este aspecto, un derecho de propiedad normal, que sólo viene delimitado "de puertas afuera" por su situación en un edificio en régimen de propiedad horizontal. Esta diferenciación entre "de puertas adentro", y "de puertas afuera" aparece clara, incluso con esta terminología en el artículo 1º del proyecto, que dice: "El régimen de propiedad horizontal de un edificio confiere al titular de cada piso o parte de piso, local y, en general, apartamento, en concepto -

de dueño: a) El uso y disfrute privativo, de puertas adentro, de un espacio suficientemente delimitado, susceptible de aprovechamiento independiente con los elementos arquitectónicos e instalaciones, aparentes o no, incluídos en él, así como el de -- aquellos anejos expresamente señalados en el título".

Por lo tanto, la Ley establece la improcedencia de la acción de división, como medio de hacer cesar "la situación que regula", y aclara que dicha situación no tiene nada que ver con la posibilidad del ejercicio de dicha acción cuando "de puertas adentro" del piso o local se dé una situación de copropiedad, que es una copropiedad normal y regida por las normas del Código Civil.

En este sentido se expresa el informe de la Ponencia, cuando dice: "La redacción propuesta para el nuevo párrafo del artículo 404 del Código Civil, que mantiene en lo sustancial el Proyecto, tiende a afirmar que la situación del 396 es considerada como de división y que no puede ser disuelta. La nueva redacción declara esta indivisibil



lidad no solo respecto de los elementos comunes, sino también de aquella situación total, con lo -- que se evitarían posibles interpretaciones erróneas". Parece claro que la improcedencia de la acción de -- división se refiere sólo a aquella división que, como hemos dicho antes, produciría irremediablemente la extinción del régimen.

Hemos visto cómo estaban las cosas en el Proyecto. Pues bien, y aquí viene lo extraño, sin que se hubiera presentado ninguna enmienda al artículo 2º del mismo, en el dictámen de la Ponencia que aprueba la Comisión, aparece añadido un segundo inciso a la redacción anterior, que, por virtud de la modificación de la numeración del articulado, ha pasado a ser el artículo 4º. Dicho inciso formula una excepción a la posibilidad de ejercitar la acción de división sobre un piso o local, formulada en la frase inmediatamente anterior. Después de decir que la acción de división -- "podrá ejercitarse por cada propietario proindiviso -- sobre un piso o local determinado, circunscrita al -- mismo", se añade "y siempre que la proindivisión no -- haya sido establecida de intento para el servicio o --

utilidad común de todos los propietarios". ¿Que quiere decir el inciso? ¿cuál es la razón de su inclusión de manera tan anonima? ¿que pretende? ¿cómo ha de interpretarse? La parquedad de las palabras empleadas, la paternidad desconocida y la posibilidad de interpretarlo de formas muy distintas han producido una bibliografía abundante sobre el tema que no hubieramos pretendido incrementar de no pensar que el mismo no había sido tratado en toda su profundidad.

Existe una variación en una de las características del elemento común, a nuestro modo de ver, importante, entre la redacción del Proyecto y la del Dictámen que sería aprobado. En efecto, en el Proyecto se resalta ya de forma clara la dualidad de elementos en la propiedad horizontal: Los elementos privativos y los elementos comunes. Pero entre estas dos clases de elementos no se nos dice ni se nos da a entender cual es la regla y cual la excepción, o mejor dicho, cual es la regla general y cual la especial. Así el artículo primero A) del Proyecto que era el que se destinaba a la nueva re

dacción del artículo 396 del Código Civil, decía:  
"El régimen especial de propiedad de un edificio  
que atribuye al titular de cada uno de los aparta  
mentos, en concepto de dueño, el uso y disfrute -  
privativo de un espacio suficientemente delimita-  
do, susceptible de aprovechamiento independiente e  
inseparablemente unido a tal uso y compartido con  
los demás titulares, el del inmueble, sus perte--  
nencias y servicios se determina por la Ley de --  
Propiedad Horizontal"; y el artículo 1º de lo que  
se destinaba a la Ley de Propiedad Horizontal de-  
cía: "El régimen de propiedad horizontal de un --  
edificio confiere al titular de cada piso o parte  
de piso, local y, en general, apartamento, en con-  
cepto de dueño: a) El uso y disfrute privativo, de  
puertas adentro, de un espacio suficientemente de  
limitado, susceptible de aprovechamiento indepen--  
diente, con los elementos arquitectónicos e insta  
laciones, aparentes o no, incluídas en él, así co  
mo el de aquellos anejos expresamente señalados -  
en el título. b) Compartido con los demás titulares  
e inseparablemente unido al uso y disfrute a que -  
se refiere el apartado a), el del inmueble, sus per

tenencias y servicios".

El Dictámen, y por tanto la Ley, ya nos dan a entender que la regla general es el elemento común y la especial el elemento privativo. Así el artículo 1º dice: "Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio ....."; y el artículo 3º queda redactado de la siguiente forma: "En el régimen de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil corresponde al dueño de cada piso o local: a) El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos o instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan -

sido señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado. b) La copropiedad con los demás dueños de pisos o locales, - de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes".

Parece desprenderse de la variación - que, para la Ley es elemento común todo aquello - que no es elemento privativo. Por tanto, será -- elemento común toda parte del edificio que, aunque sea susceptible de aprovechamiento independiente, sin embargo no haya sido regulada o configurada con el destino de ser aprovechada de manera privativa, es decir, objeto de la llamada "propiedad exclusiva" o "separada". Y será elemento común por exclusión, es decir, sin necesidad de que expresamente se regule o nombre en los estatutos, como tal elemento común, por el simple hecho de no haber sido configurado como elemento privativo.

En este sentido se pronuncia la sentencia de 12 de Noviembre de 1969, que examinamos a - continuación:

Se trata del supuesto de que los propietarios de un local comercial vienen utilizando una planta semi-sótano. Los citados propietarios, antes de serlo, eran arrendatarios de dicho local comercial y habían sido autorizados por el propietario único del edificio para realizar las obras necesarias para la utilización de dicho semi-sótano. El semi-sótano, en principio, se piensa dedicar a vivienda del portero, pero luego, por impedimentos administrativos, no se hace así. Se constituye el régimen de propiedad horizontal y dicho semi-sótano ni se enumera entre los elementos comunes ni se describe juntamente con el local (hay que advertir que en la constitución del régimen habían intervenido los ya propietarios del local, y antes arrendatarios).

El Presidente de la Comunidad, en representación de ésta, demanda a los propietarios del local, solicitando se declare el semi-sótano como elemento común; los propietarios del local aducen que el semi-sótano no se incluyó en la enumeración de elementos comunes, por lo cual no es tal elemento

to común.

En Primera Instancia se absuelve a los demandados. La Audiencia, por el contrario, estima que el semi-sótano es elemento común.

Los demandados recurren en cesación alegando que los demandantes nunca han demostrado que el semi-sótano sea elemento común, y que el artículo 396 del Código Civil, contra lo que ocurría en la antigua redacción del mismo, no enumeró los sótanos entre los elementos comunes, por lo que, para que sean tales elementos es preciso que claramente se establezcan como tales.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso afirmando que el semi-sótano es un elemento común, pues para tal finalidad se destinó en un principio, y que para tal calificación no es obstáculo el hecho de que no se describiera en la enumeración de elementos comunes, ya que "en ésta - propiedad especial horizontal cada copropietario es dueño de cuanto privativamente se le atribuye en el

documento constitucional, perteneciendo todo lo -  
restante, entre lo que se encuentra los elementos  
reivindicados, a la Comunidad de Propietarios y -  
para su uso o utilización conjunta".

La expresión "piso o local determinado",  
entonces, ya no es equivalente a elemento privati-  
vo, puesto que pueden existir pisos o locales de--  
terminados susceptibles de aprovechamiento indepen-  
diente, que, sin embargo, no se destinen a tal - -  
aprovechamiento independiente, sino a ser utiliza-  
dos por todos los partícipes en aras de una necesi-  
dad o utilidad común. Surge así el concepto de ele-  
mento común accidental, cuyo concepto veremos des-  
pués.

Parece que es a este elemento común acci-  
dental a lo que se quiere referir el último inciso  
del artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal.  
En efecto, tal elemento común accidental es un ele-  
mento en proindiviso (como lo son todos los elemen-  
tos comunes) y sobre el cual seria perjudicial que  
se pudiera ejercitar la acción de división; por eso



se le exceptúa; el hecho de que el artículo 4 ha  
ble de "piso o local determinado" no hace concluir  
necesariamente que se esté refiriendo a un elemento  
privativo, sino a un piso o local que, siendo  
susceptible de aprovechamiento independiente, no  
ha sido configurado como elemento privativo, sino  
que se ha querido establecer la proindivisión de  
intento "para el servicio o utilidad común de to-  
dos los propietarios".

El informe de la Ponencia explica el cambio  
introducido afirmando que se acepta la enmien-  
da 4. Sin embargo, dicha enmienda, al menos en el  
texto que hemos manejado, no se refiere a dicho artículo. "En atención a ella -dice el informe- se -  
adopta una nueva redacción, recogiendo la posibilidad  
de que alguna parte del edificio habitable o -  
utilizable para local de industria, profesión o negocio  
hubiese quedado sin atribuir a propietario -  
singular, pensando en obtener un beneficio para la  
comunidad, en cuyo caso no se podrá dividir".

De todo ello parece deducirse que lo que

se exceptúa de la acción de división es aquel pi<sup>4</sup>so o local susceptible de aprovechamiento independiente, que, sin embargo, no ha sido configurado como elemento privativo, sino que, de intento, ha sido dejado para que sea un elemento común con el propósito de obtener un beneficio para la comunidad; es decir, lo que se exceptúa de la acción de división es todo elemento común accidental, aunque tal elemento común (supuesto del último inciso) no sea de uso común ni de servicio común (supuesto de la portería, por ejemplo), sino que haya sido creado como tal elemento común para obtener un lucro en beneficio de toda la comunidad.

La doctrina ha bautizado la figura con el nombre de "elemento procomunal" o "departamento procomunal", y como "elemento procomunal" lo denominaremos. Quizá tenga razón Carretero al decir en el trabajo citado que "sería más sencillo y preferible llamarle simplemente comunal (del latín comunalis, perteneciente al común de vecinos o propietarios), que es el término tradicional español empleado para esta figura que tiene una larga histo

ria en los patios, corrales, egidos, calles, pozos, acequias, árboles, comunales etc., pertenecientes a comunidades "ob rem" sin embargo, seguiremos utilizando aquella terminología pues ya es tá acuñada en nuestra doctrina.

Elemento procomunal, será entonces aquel piso o local susceptible de aprovechamiento independiente que en vez de destinarse a elemento privativo, se deja como elemento común, con el fín - de obtener un beneficio para la comunidad, beneficio que se obtiene, bien mediante el servicio que presta directamente a los copropietarios, bien -y éste es el supuesto que parece más típico- mediante el beneficio que proporciona la contraprestación correspondiente a la cesión de su uso en forma onerosa.

III.- LA OCASION DE ESTE ESTUDIO:  
EL PROBLEMA DE LOS GARAJES

Creo que una de las causas de que se haya producido tanta bibliografía -y tan dispar- sobre el elemento procomunal, es tratar de dar una configuración jurídica apropiada a los garajes de las casas en régimen de propiedad horizontal, o, quizá dicho con más precisión, a las llamadas plazas de garaje o plazas de aparcamiento. De ahí la razón de que antepongamos el estudio de un problema tan concreto, que en un principio podría parecer fuera de lugar, al exámen de tallado del concepto y régimen jurídico de los elementos procomunales.

Los locales destinados al aparcamiento de vehículos se construyen ya -afortunadamente- en muchos edificios. Pero, sea porque se obliga a la construcción de dichos aparcamientos, sea porque, en todo caso, su construcción es conveniente, el destino que se prevé para dichas plazas de aparcamiento es muy distinto. Resulta entonces que dichas plazas pueden construirse para cualquiera de estos destinos:

1) Vender unitariamente todo el local garaje para que el adquirente lo utilice directamente o lo dedique a aparcamiento público.

2) Vender por plazas el garaje a cualesquiera personas, sean o no titulares de pisos o locales en la propiedad horizontal.

3) Dividir por plazas el garaje para destinar una o varias plazas a cada titular de un piso o local o a algunos de ellos, sin que dichas plazas puedan pasar a personas extrañas a la comunidad.

4) Dedicar la totalidad del garaje a aparcamiento de los dueños de pisos o locales, pero -por razones de espacio normalmente-, sin dividir el mismo en plazas, ni, por tanto, asignar un sitio fijo de -aparcamiento a cada titular de un piso o local.

5) Dejar la planta de garaje para, en su día, ceder su uso con objeto de obtener un beneficio con la prestación de dicho uso, beneficio que puede -destinarse a sufragar los gastos comunes de la propie-

dad horizontal.

Pues bien, para cada uno de estos destinos existe una construcción jurídica que sirve para solucionar los problemas que pueden plantearse:

1) En el supuesto de que se vaya a enajenar el garaje como un piso o local más, el garaje es ésto: Un piso o local de carácter privativo, sin que su régimen jurídico se diferencie nada de los demás - pisos o locales. Por ello, en este caso no se plantea ningún problema especial.

2) Cuando lo que se pretenda sea enajenar las plazas de garaje a distintas personas, con independencia de que sean o no partícipes en la propiedad horizontal, el sistema adecuado será configurar cada una de las plazas como elemento privativo. No es obstáculo para ello el que no sean lugares cerrados, pues no es éste requisito imprescindible, bastando con que su - - identificación sea clara mediante la colocación de señales y la atribución de números y que se describan como tales elementos privativos (14).

3) En el caso de que lo que se pretenda sea destinar una o varias plazas a cada titular de un piso o local, o a algunos de ellos, evitando que las plazas pasen a ser propiedad de personas extrañas a la comunidad, deben configurarse las plazas como anejos de los pisos o locales correspondientes. No comprendemos porqué Carretero (15) estima que resulta ficticio fraccionar la planta o plantas de garaje en pedazos - describibles por las normas generales para adscribirlos, como anejos a determinadas viviendas. En definitiva, el problema es de identificación, y su solución la misma que hemos dado en el apartado anterior.

4) Si se prefiere dedicar el garaje a - aparcamiento de los dueños de pisos o locales pero sin dividir el mismo en plazas, ni, por tanto, asignar un sitio fijo de aparcamiento a cada titular de un piso o local, porque no exista espacio suficiente para ello o por cualquier otra razón, bastará configurar el garaje como un elemento común. Podría pensarse incluso que sin dejar de ser todo el garaje elemento común pudiera dividirse en plazas y asignar una o varias de ellas en



uso exclusivo a distintos partícipes (aunque no fueran todos los partícipes en la propiedad horizontal, ya que, como veremos después, caben los elementos comunales de uso exclusivo de uno o varios partícipes). No obstante en este supuesto aparte de que la figura resultaría confusa parece que si se quiere dividir el garaje en plazas y asignar cada una de ellas a un piso o local, lo procedente es configurar las plazas como anejos.

5) Finalmente, puede pretenderse que la totalidad del garaje, sin dejar de ser elemento común, sirva para ceder su uso de cualquier forma jurídica, y, con la contraprestación de esta cesión, obtener un beneficio para la comunidad. Estaremos ante el supuesto más típico del elemento procomunal. Se tratará entonces de un elemento común cuyo destino será obtener el beneficio expresado, que en la mayoría de los casos se destinará a sufragar los gastos comunes; no será posible en este supuesto ejercitar la acción de división por aplicación del último inciso del artículo 4° de la Ley de Propiedad Horizontal.

Pienso que si existe una perfecta adecuación, en la forma que acabamos de ver, entre la finalidad real pretendida y la figura jurídica empleada, no deberían darse los problemas que en esta materia se han dado en la práctica. Por ello no estoy de acuerdo con Carretero (16) cuando, después de afirmar, a mi modo de ver acertadamente, que en principio, cabe pensar que la configuración como elemento común del edificio, de los garajes con plazas de aparcamiento será lo más apropiado cuando se trate de asignar éstos a los propietarios o usuarios de las viviendas y que la configuración de las plazas como locales privativos (apartamentos ordinarios) será lo más conveniente cuando se desee una libre disponibilidad, incluso a favor de personas extrañas al edificio, añade que en todos los demás supuestos, que serán la mayoría, conviene una configuración unitaria de la - - planta o plantas de garaje como apartamentos del edificio, del cual las partes determinadas o plazas habrán de ser objeto de propiedad "pro diviso", con un Estatuto peculiar que regule los elementos comunes - del garaje y establezca la titularidad "ob rem" de

ese dominio a favor de un piso o local de edificio, o, por el contrario, configure una titularidad dominical ordinaria de libre disponibilidad, afirmando también que, por el momento, ante la laguna legal toda estructuración que se dé a las plazas de garaje pueden tener acceso al Registro, con una sola condición: la claridad.

Y no estoy de acuerdo con lo anterior por que introducir en la propiedad horizontal el sistema de la propiedad "pro diviso" pienso que no serviría para otra cosa que para aumentar el problema tratando de subsumirlo en una institución con perfiles muy borrosos, y sin regulación legal. Por lo que decía al principio, en materia de interpretación, me parece - preferible tratar de sacar todas las consecuencias al texto legal. Por supuesto que estoy de acuerdo en que toda configuración que se dé al problema ha de tener un requisito imprescindible: la claridad, pero pienso que la única manera de conseguirla es configurando los garajes de una de las maneras que he expuesto anteriormente (17).

Pero, desgraciadamente, esto no es frecuente en la práctica. Normalmente es el constructor (18), terminada la construcción, el que constituye el edificio en régimen de propiedad horizontal, y en muchos casos, en este momento, no tiene decidido el destino del garaje por lo que lo configurará como un elemento privativo, es decir, como un piso o local más. Ocurre entonces muchas veces que, después -por no haber encontrado comprador- que explote el garaje por el sistema de aparcamiento público, o por las razones que sean-, se piensa en destinar el garaje a venta por plazas; pero en vez de - modificar el título constitutivo convirtiendo las plazas de garaje en pisos o locales independientes o en anejos, según la finalidad que se pretenda, se acude al procedimiento más sencillo de vender el garaje por participaciones indivisas. Surge entonces el tremendo problema de que, tratándose de una proindivisión normal, el ejercicio de la actio communi dividundo daría al traste con la finalidad que se ha pretendido conseguir, ya que, como hemos dicho antes, aunque que se considere indivisible la cosa, ello no será osbtáculo para la extinción de la comunidad. Para evitar el ejercicio de la ac

ción de división es para lo que se ha producido una de formación del concepto de elemento procomunal afirmando que el elemento procomunal es un piso o local independiente y que al estar tal piso o local incluido en la excepción del último inciso del artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, no cabe respecto de él la acción de división. Además, como la figura que se emplea está desconectada de la finalidad que se pretende, se suele acudir a modalizar dicha copropiedad mediante determinadas cláusulas.

Una de ellas es la de decir que la cuota en proindivisión "da derecho al uso exclusivo de la plaza de aparcamiento X", con lo cual la figura se crea a caballo entre el "proindiviso" y el "pro diviso", lo que hace que la confusión que se produce sobre el alcance y efectos de la misma sea algo casi imposible de descifrar.

Otra de las cláusulas que se suele emplear cuando, creando un proindiviso, se quiere evitar que las plazas de garaje pasen a ser utilizadas por personas ajenas a la comunidad, consiste en establecer en los estatutos, o en las escrituras de venta de los pi-

sos y participaciones en el garaje, la prohibición de enajenar separadamente el piso y la participación indivisa. Se acude entonces a la figura de la prohibición de disponer que realmente es algo distinto y que, por su tratamiento hipotecario, produce grandes dificultades para su acceso al Registro. Por ello la Dirección General de los Registros se ha enfrentado varias veces con la cuestión. Vamos a examinar las Resoluciones dictadas sobre el supuesto porque creemos que los problemas planteados y las soluciones de la Dirección nos pueden ayudar a las conclusiones que mantenemos.

A) Resolución de 4 de Noviembre de 1.968.

Una sociedad constructora vende un piso, un local despacho y una participación indivisa de una dieciseisava parte en un garaje sito en la planta sótano. En la cláusula séptima de la escritura se establece que "la participación indivisa de garaje objeto de esta venta, no podrá enajenarse si no es conjuntamente con otra vivienda de la misma casa o a favor de quien ya fuere propietario de otra vivienda de dicho edificio, y no dará lugar a derecho de retracto alguno de condueños, todo ello por trada

tarse de una comunidad de fin, establecida sobre este garaje, destinada a que los propietarios de las distintas viviendas de la misma casa puedan tener en ella el garaje para sus propios coches".

Presentada la escritura en el Registro, se de niega su inscripción entre otras, por el defecto, que se considera insubsanable, de contener la cláusula transcrita una prohibición de disponer no inscribible por lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria.

La Dirección, en cuanto al defecto expresado, confirma la nota del Registrador, ya que, "la cláusula séptima de la escritura contiene una obligación de no disponer en cuanto no permite al propietario transmitir libremente la cuota adquirida más que a determinadas personas, lo que si como obligación personal puede tener trascendencia caso de incumplimiento por la responsabilidad que pudiera originar, desde el punto de vista registral, según el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, no tiene tal pacto acceso al Registro por no tener su orini

gen en uno de los supuestos del artículo 26 ni haberse garantizado de otra parte su cumplimiento mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real".

Comentando la Resolución dice Amorós Guardiola (19) sobre el problema que estudiamos:

"El artículo 27 de la Ley Hipotecaria en conexión con el 26, párrafo 3º, niega la posibilidad de ser inscritas y, por tanto, de ser eficaces frente a terceros a las prohibiciones de disponer constituídas negocialmente a título oneroso. Sólo las prohibiciones de disponer contenidas en actos gratuitos -donaciones, disposiciones de última voluntad- y los legalmente asimilados -capitulaciones matrimoniales- tienen acceso al Registro. Las onerosas, en cambio, no son en ningún caso susceptibles de inscripción. Personalmente pienso con buena parte de doctrina dominante, que no resulta adecuado tan estrecho cauce legal para recoger los diversos casos posibles de la vida real. Que la -



sanción legal es excesivamente restrictiva. Que la Ley Hipotecaria es susceptible de razonable - crítica en este punto. Que una futura y próxima revisión de su articulado bien merecería una reforma de esta materia. Y que quizá no sería impropcedente una interpretación jurisprudencial - más amplia de tan escueta valoración legal. Para hacer posible la sanción positiva y la permisión de otras figuras.

Buen ejemplo de todo ello es el caso que ahora nos ocupa. Recordemos sus perfiles de hecho: Al vender una porción indivisa del garaje de la casa se pretendía que sólo pudieran utilizar el garaje en lo futuro los que ya fueran dueños de algún piso o local de la misma casa. Se quería excluir que pudieran ser propietarios de parte de ese garaje y, consiguientemente, pudieran encerrar allí sus automóviles, las personas que no fueran al mismo tiempo propietarios de algún local del mismo edificio. Porque se configuraba la propiedad del garaje como accesoria de -

de la de las viviendas.

Tal finalidad nos resulta, en verdad, perfectamente justificable, lícita y socialmente digna de protección. Por razones elementales de convivencia social dentro de la gran ciudad, que no es preciso recordar aquí. Hasta el punto de que se ha propugnado como criterio legal de las edificaciones urbanas en las grandes zonas, la necesidad de que los sótanos de los edificios sirvan de garaje para los propietarios de los pisos o apartamentos. Pues bien, para conseguir esta finalidad se pueden escoger varios caminos, relativos a la regulación jurídica de la propiedad del garaje. Veamos los más importantes:

a) La configuración del garaje como elemento común al constituirse el edificio en régimen de propiedad horizontal. Es la fórmula que se nos antoja más idónea. La que mejor refleja la naturaleza accesoria de un espacio habitable respecto de los otros. El régimen jurídico de elemento común impone

la copropiedad necesaria de los dueños de las viviendas o pisos separados (art. 3-b L.P.H.), la accesoriedad intrínseca, la indivisión permanente (art. 4 L.P.H.), la determinación objetiva de los titulares (derecho subjetivamente real) y la razonable proporción en la comunidad forzosa así creada en función de la cuota de participación correspondiente.

b) El artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal niega la acción de división para extinguir la comunidad sobre los elementos comunes, inseparables del derecho de dominio sobre el piso, y sólo la permite en caso de comunidad ordinaria pro indiviso sobre cada piso o local separado. Ello es lógico. Pero en su último párrafo contempla el supuesto de que "la proindivisión (sobre el piso o local independiente) no haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios".

Sólo entonces será viable el cese en la proindivisión de donde parece desprenderse -a sensu contrario necesario- la posibilidad de que tal comunidad pro indiviso haya sido - - constituida por los interesados con el propóposito de que sirva al servicio o utilidad común de todos los propietarios.

Sin entrar en otras matizaciones sobre la posibilidad legal, que no resulta más desarrollada en la propia Ley, quizá este fuera un nuevo cauce para albergar el supuesto de la comunidad indivisible y subordinada sobre el garaje, en vista de su propio servicio común. Parece que aquí podría encajar el problema - que ahora nos interesa.

c) En fín, la prohibición de disponer a persona ajena a los dueños de los pisos. Con lo cual se logra instrumentalmente la misma finalidad de vinculación objetiva. Tal como se recogió en la escritura que ahora nos ocupa.

De los tres caminos señalados, aparte de -  
otros posibles, la Dirección General excluye el terce-  
ro por estimar que la prohibición de disponer va con--  
tra el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y no puede -  
inscribirse. La posible eficacia meramente civil de la  
prohibición como obligación personal negativa de no ha-  
cer, que la propia Resolución admite, nos parece muy -  
endeble, hasta el punto de desvirtuar la propia finali-  
dad querida. Como he recordado alguna otra vez lo deci-  
sivo en la prohibición de disponer es que efectivamen-  
te impida el acto dispositivo. Por eso ha de jugar siem-  
pre frente a tercero porque el tercero nace a la som--  
bra de la disposición y sólo con eficacia erga omnes se-  
rá útil. Por eso, también, es absolutamente necesario  
su publicidad. Hablar de prohibición de disposición con  
efectos puramente obligacionales o inter partes me pare-  
ce un contrasentido. Porque, por su misma entraña, limi-  
ta o restringe el ejercicio de una facultad que sólo -  
frente a terceros puede actualizarse. Y porque la suple-  
toria indemnización de daños y perjuicios resulta verdade-  
ramente incongruente, aunque económicamente aceptable,  
con la finalidad perseguida por las partes.

El problema práctico, de valoración jurídico-social y de política legislativa, está en determinar si dentro del ordenamiento español se permite a los particulares utilizar indistintamente cualquiera de los tres medios antes señalados, para conseguir la finalidad pretendida de subordinar la utilización del garaje a los dueños de los pisos, supuesto que esta última nos parece válida y digna de protección; o si por el contrario, sólo podrán acudir para lograr eficazmente su propósito a alguno de los dos primeros, a) y b).

La solución que establece el Centro Directivo es legal y formalmente ortodoxa, de acuerdo con la letra estricta del artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Pero el resultado práctico a que nos conduce no parece suficientemente satisfactorio. Al lado de la escueta prohibición dispositiva, hay aquí una comunidad de fin expresamente reconocida que debe condicionar causal y objetivamente todo su tratamiento jurídico. Quizá la Ley Hipotecaria, al regular tan drásticamente las prohibiciones de disponer fundándose en un criterio demasiado general, no tuvo en cuenta estas vinculaciones -

objetivas o comunidades de fin, situaciones en las que una finca sólo puede ser considerada con separación si no se olvida su necesaria subordinación o dependencia en relación con otras fincas principales. Quizá, si ello es así, podría ser oportuna y justa una línea de interpretación jurisprudencial más abierta, que sancionara como válidas situaciones semejantes a la aquí contemplada por estimarlas de distinta naturaleza que la mera prohibición de disponer aisladamente considerada. Quizá también fuera útil una revisión a fondo del tema de las restricciones dispositivas, a la vista de las nuevas figuras que el tráfico jurídico actual nos presenta: Necesidad de disciplinar con normas básicas de Derecho civil la validez general de estos pactos; conveniencia de pormenorizar su eficacia oponible y su acceso al Registro con criterios más amplios, permitiendo a veces la inscripción de prohibiciones legales no suficientemente conocidas por todos a pesar de su origen, en este momento de proliferación legislativa, e incluso de otras prohibiciones negociales onerosas, cuando se estimen dignas de protección en función de su propia finalidad.

Mientras toda esta necesaria y deseable renovación no se produzca, parece que sólo será posible enfocar eficazmente problemas como el que nos ocupa, mediante la configuración del garaje -o del local subordinado a todos los demás-, como elemento común de los pisos separados en la propiedad horizontal. Lo cual, por cierto, nos sigue pareciendo el medio técnicamente más adecuado para conseguir esa finalidad. ¿También el único?."

Creemos que la doctrina de la Dirección es correcta. Es muy ponderada y lógica la postura del ilustre comentarista porque, en efecto, es preciso buscar un camino para que pueda protegerse jurídicamente la inseparabilidad del piso y la plaza del garaje (pues no dudamos que lo que se pretendía adquirir y transmitir -era una plaza de garaje, bajo la fórmula de la participación proindiviso), pero pensamos que dicha protección, como hemos dicho antes, debe discurrir por un camino totalmente distinto al de la prohibición de disponer, figura que, en verdad es algo totalmente ajeno al problema que nos ocupa.



B) Resolución de 20 de Diciembre de 1.973.

Se trata de unos estatutos de propiedad horizontal, autorizados por Sapena Tomás, uno de los autores que más detenidamente ha estudiado el problema de los elementos o departamentos procomunales. En dichos estatutos se establece:

"El destino exclusivo del sótano (departamento número 1) es el de aparcamiento de automóviles o garaje como departamento procomunal con arreglo a las determinaciones de la presente regla.

Su uso y aprovechamiento corresponde única y exclusivamente a las catorce viviendas, que son los departamentos números 3 al 9 y 11 al 17, esto es, menos la vivienda puerta ocho.

Cada una de las catorce viviendas, con derecho al uso y aprovechamiento del sótano, tiene derecho anejo el de aparcamiento de un vehículo que sea factible de aparcar dentro del espacio - que resulte de dividir entre catorce la superfi-

cie del sótano, de modo que permita su mejor aprovechamiento como garaje. El uso de este aparcamiento individual podrá ser cedido a otra persona que sea titular de una de dichas catorce viviendas. Igualmente podrá cederse a la misma persona a la que se ceda el uso de la vivienda, que lo tiene como derecho anejo. Pero en ningún caso podrá transmitirse con carácter perpetuo, separando cada derecho a un espacio, de su correspondiente vivienda, ni podrá resultar que por un mismo derecho a un espacio se pueda aparcar más de un coche. Y en todo caso de cesión de uso deberá comunicarse al presidente de la comunidad, remitiéndole copia del correspondiente documento con el nombre y circunstancias del cesionario y de las características del vehículo que se pretenda aparcar.

El sótano no contribuirá a los gastos generales del edificio ni de sus elementos comunes, pues el valor de cada vivienda con derecho al mismo ya se ha estimado en función de éste.

En cuanto a los gastos que origine el uso y

administración del garaje, serán satisfechos a - partes iguales por las catorce viviendas que a él tienen derecho, tanto si lo usan como si no, siendo responsables de aquellos, con carácter solidario, el titular de la vivienda y aquél a quién haya cedido el uso de su derecho".

Examinemos la citada cláusula: resulta que existen unas viviendas que tienen como "derecho anejo" el de utilizar cada una una determinada - plaza de garaje. Este derecho no puede cederse a alguien extraño a la comunidad. Pues bien: la forma correcta y clara de regular esta situación no es otra que configurar las plazas como anejos, pero anejos físicos, es decir, anejos en propiedad, pues la expresión "derecho anejo" creemos, como - veremos más adelante, que no hace más que oscurecer la figura. Y ¿porqué no se han configurado las plazas de garaje como anejos?. Pues sencillamente porque en el Registro, antes de los estatutos que ahora se pretende inscribir, ya se había inscrito el edificio en régimen de propiedad horizontal, -

por lo cual era más sencillo que el garaje en su totalidad siguiera figurando como local independiente. Así se facilita el otorgamiento del documento pero se complican extraordinariamente los efectos de la confusa figura jurídica que se crea (una proindivisión que da derecho a un uso exclusivo de un fragmento material de la cosa, un derecho innominado que otorga a su titular la facultad de usar y disfrutar en todo su contenido económico y sin límite de tiempo, y de disponer, si bien con restricciones; este derecho resulta "anejo" de la propiedad de una vivienda, etc., etc.). Realmente lo que se crea ¿no es el derecho de propiedad horizontal sobre las plazas del garaje y la inseparabilidad de tal propiedad de la de determinados pisos?. Pues eso son los anejos, y por razones de conveniencia y para facilitar el otorgamiento, se abandona una figura clara y se crea una nueva, complicada y confusa.

Presentada la escritura en el Registro, se deniega la inscripción de la cláusula por las siguientes razones:

"1<sup>a</sup> .- Porque en ella se subordina la enajenación de los derechos sobre el local destinado a garaje a disposición conjunta con locales destinados a vivienda del mismo disponente, sin que resulte de la descripción de estos últimos que sean anejos a ellos los derechos sobre el garaje, por lo que mediante la cláusula cuya inscripción se deniega, se establecería sobre este departamento derechos no a favor de un titular cierto y determinado sino meramente determinable a través de la titularidad de una vivienda, que constituye una entidad registral distinta e independiente, fórmula ésta no reconocida en modo general por nuestra ordenamiento.

2<sup>a</sup> .- Porque, en todo caso, se establece una traba a la plena facultad de disponer distinta de las que las Leyes admiten y regulan y no comprendida en los casos de permisión del artículo 26 de la Ley Hipotecaria".

El Notario recurre alegando, entre otros ar-

gumentos, que en nuestro sistema tradicional la relación real entre dos fincas sólo es posible a través o por medio de las figuras reconocidas - por el legislador, por lo que, a primera vista - sin entrar en más detalles, habría que dar la razón al Registrador, pues la titularidad de las - cuotas del garaje en función de la titularidad - de una vivienda es fórmula "no reconocida de modo general en nuestro ordenamiento", como dice - la nota ; que, sin embargo, en este caso no resulta así, porque en la propiedad horizontal no se parte, como en el supuesto general a que se - aplica el criterio señalado, de una finca independiente perfectamente diferenciada, sino que - cada uno de los departamentos de un edificio está íntimamente relacionado con los demás y con - los elementos comunes del inmueble, razón por la cual incluso su inscripción registral tiene que hacer referencia al folio en que figure inscrito el edificio en su conjunto, y la adscripción de una dependencia, como la buhardilla, a un piso no se hace por vía de agrupación, como ocurre en los casos normales, sino por simple inserción -

descriptiva como derecho anejo (art. 5 de la Ley de propiedad horizontal), pero este camino es inviable por no constar en la inscripción del correspondiente piso vivienda; que entiende, como también parece entenderlo el Registrador, que la enumeración de los anejos que se hace en el párrafo aludido no es exhaustivo (el texto dice "tales como"), sino meramente indicativa y si los anejos tienen como finalidad completar el servicio a que esté destinado el departamento registral, no hay duda de que en una plaza de garaje puede ser anejo de una vivienda, especialmente cuando este destino concreto es uno de los expresamente previstos por el legislador, sin que, a juicio del exposante sea necesaria, contra lo que opina el Registrador, la descripción de este anejo en el piso o local a que corresponde; que, ciertamente, el artículo 5 de la Ley de Propiedad horizontal dice que en la descripción de cada piso o local se expresará la de los anejos que le pertenezcan, pero esto se refiere a los elementos diferenciados, como buhardilla, etc., pero no a los que sólo supo-

nen una cuota de participación, como es una plaza de garaje para automóvil, cuya descripción global ha de hacerse necesariamente con independencia de los distintos pisos o locales a que sirve; que el hecho de que conste en los Estatutos como tal derecho anejo, con su completa regulación, presupone su constancia por necesaria referencia en cada una de las catorce viviendas a las que está adscrito, ya que estas inscripciones hijuelas lo son siempre con relación a la inscripción matriz del edificio total debiendo figurar en ésta todas las reglas estatutarias que limitan, benefician o, en definitiva, afectan de algún modo a los distintos departamentos del edificio; que la falta de consideración como derecho anejo no obsta a la validez e inscribibilidad de la regulación jurídica del sótano garaje, pues si a pesar de lo expuesto, la falta de una referencia explícita en la descripción de cada una de las catorce viviendas se entendiera como omisión bastante para negar el carácter de anejo a cada cuota de garaje, no por ello quedaría desamparada la regulación que del mismo



ha hecho; que no debe olvidarse que la Ley de propiedad horizontal representa, más que reforma de una legalidad anterior, la ordenación - ex novo de la propiedad de casas por pisos, que según su exposición de motivos, admite ampliamente la intervención de la voluntad, siempre que no contravenga las normas fundamentales que establece; que de acuerdo con este criterio, el artículo 4 de la citada Ley regula las dependencias en proindivisión, que la doctrina ha convenido - en llamar " departamentos procomunales", que es como se ha configurado el garaje en la regla primera de los Estatutos incorporados a la escritura cuya inscripción ha sido denegada; que si se admite que pueda fijarse como destino exclusivo del sótano garaje la guarda de automóviles de - las 14 viviendas beneficiarias -la nota registral no lo discute- y al mismo tiempo se niega -como la nota postula- la dependencia de su titularidad respecto a la de tales viviendas, quedaría sin contenido el derecho de cualquier adquirente extraño, que no podría utilizar lo que había

adquirido; que si prospera la t  sis mantenida en los anteriores razonamientos, el último defecto carece de consistencia, y si no se acepta, no tiene por qué entrar en juego ninguna traba a la facultad de disponer, pues basta con no admitir la titularidad *ob rem*, que es inaplicable al presente caso, que encaja en una regulación distinta, y que, en definitiva, la estipulación convenida debe inscribirse, porque:

1  .- No son aplicables a este caso las conclusiones de carácter general a que ha llegado la doctrina y la jurisprudencia en materia de titularidad ob rem y propter rem, al negar su acceso al Registro de la Propiedad, estimando que se trata de figuras o relaciones de derecho real no reconocidas en nuestro ordenamiento, por cuanto nos encontramos ante una normativa especial, nueva, completa y distinta: la de la propiedad horizontal.

2  .- La adscripción de la titularidad

del sótano garaje a la de las viviendas, a cuyo servicio se destina con carácter exclusivo, está amparada tanto por el artículo 4 de la Ley de propiedad horizontal, como una consecuencia lógica del mismo, como por el artículo 5, al permitir que el título constitutivo contenga reglas del ejercicio del derecho en orden al uso o destino de los diferentes pisos o locales, formando parte del Estatuto privativo, que afectará (perjudicará) a terceros al inscribirse en el Registro de la Propiedad.

3°.- No existe ni en la Ley de Propiedad Horizontal, ni en el Código Civil, ni en la legislación hipotecaria, norma alguna que prohíba esta dependencia en la titularidad entre unos departamentos independientes y un departamento en común construido y regulado para el servicio exclusivo de aquellos.

4°.- No se trata de una prohibición de disponer contenida en título oneroso de - - -

las que veta el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, sino de una regla de un estatuto de propiedad de un todo- el edificio- que afecta a sus partes como la Ley de Propiedad Horizontal permite.

La Dirección resuelve de la forma siguiente:

"Desistido el primer defecto de la nota de calificación, la cuestión planteada se reduce, en efecto, a la licitud del pacto estatutario en inmueble bajo régimen de propiedad horizontal, que al regular el destino exclusivo del sótano -que aparece como finca independiente, departamento número 1- para aparcamiento de los titulares de las viviendas, prohíbe que en ningún caso se - transmita esta propiedad separadamente de la vivienda, lo que podría suponer traba a la plena facultad de disponer distinta de las admitidas por las leyes y, en especial,

por el artículo 26 de la Ley Hipotecaria.

Al establecerse el destino exclusivo del s<sup>o</sup> tano "para aparcamiento de automóviles o ga-  
raje", cuyo uso y aprovechamiento correspon-  
de "única y exclusivamente a las 14 vivien-  
das", se confiere el carácter de elemento -  
procomún a dicho sótano y, de conformidad -  
con el artículo 4 de la Ley de Propiedad Ho-  
rizontal se ordena un adecuado uso, en cuya  
regulación, si no se llegó a especificar pla-  
zas de garaje concretas -jaulas o simples es  
pacios- adscritas a las distintas viviendas  
como anejos de éstas, repitiendo el esquema  
de la propiedad horizontal, de un espacio -  
arquitectónicamente acotado de uso singular  
y exclusivo de puertas adentro, y el resto  
del inmueble con sus servicios de propiedad  
y su uso compartido, quedan, sin embargo, fi-  
jados los correspondientes derechos y limi-  
taciones que tal propiedad común comporta.

Dentro de tal regulación, aquellas limitaciones que, saliendo al paso de un abusivo ejercicio de los derechos de los titulares de viviendas, prohíben la transmisión de este derecho procomunal con independencia de la correspondiente titularidad de propietarios a que está aquél vinculado, no hacen sino reiterar una limitación institucional del régimen de la propiedad especial por pisos según lo proclamado por el último párrafo del artículo 3 de la Ley, y en el mismo artículo 4, in fine, al negar la acción divisoria, y en este sentido no se atenta con ello al fundamental principio de libertad de disposición del artículo 348 del Código Civil, ni se está ante uno de los supuestos que el artículo 27 de la Ley Hipotecaria impide su acceso al Registro".

Es decir, que la Dirección estima que el elemento procomunal es la figura contemplada y que una de sus características reside en la imposibilidad de transmitir las cuotas en el mismo a per-

sonas distintas de los propietarios. Insistimos en que, como está claro, el problema no se habría planteado de haberse configurado las plazas de garaje como anejos. En cuanto a la calificación del garaje como elemento procomunal ya se ve como no coincide con el concepto que hemos dado, pero este problema lo abordaremos más adelante con detenimiento.

C) Resolución de 19 de Diciembre de 1.974.

Inscrito ya un edificio en régimen de propiedad horizontal, en el cual el garaje se configura como elemento privativo, una cooperativa, vende un piso juntamente con una participación proindiviso en el garaje. En la escritura de venta se hace - constar la siguiente cláusula:

"Se establece expresamente que el piso y participación de garaje así transmitidos constituyen una unidad inseparable de tal manera que no se podrá enajenar ni realizar acto alguno de disposición si no es afectando con-

juntamente a dicha finca piso y participación de garajes".

La anterior cláusula se inscribe en el Registro pero, posteriormente, el comprador estimando que se ha inscrito indebidamente, solicita la cancelación de la cláusula. El Registrador deniega - la cancelación por entender que "el pacto transcrito ... no se estima una mención ni una prohibición de disponer de las comprendidas en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria".

La Dirección General revoca la nota del Registrador, y después de dejar sentado que "tanto el recurrente como el funcionario calificador coiniden en que si el expresado pacto hubiera tenido el caracter de estatutario, por encontrarse incluído dentro de las normas que regulan el régimen de propiedad del edificio al que pertenece la vivienda del adjudicatario, no habría duda sobre su permanencia en los libros registrales, tal como, fundándose en el artículo 4 de la Ley de Propiedad Hori-



zontal, lo declaró la Resolución de 20 de Diciembre de 1.973", afirma:

"El pacto discutido -que contiene una prohibición de enajenar en un acto a título oneroso-, según se desprende del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, no tiene más eficacia que la puramente obligacional y no puede tener acceso a los libros registrales, tal como establece el texto del propio artículo, y por eso la Dirección General de los Registros y del Notariado ha restringido el alcance de estos pactos, sin desconocer lógicamente los efectos civiles que de su incumplimiento pueden derivarse, y ha declarado en reiterada jurisprudencia su no inscribibilidad, como entre otras, y para un supuesto similar, hizo la Resolución de 4 de Noviembre de 1.968".

"Además que en la meticulosa y detallada regulación que los estatutos de la comunidad dedica a la planta de garaje, no se contiene ninguna norma sobre la inseparabilidad como unidad

a efectos de transmisión del piso y participación en el garaje, ni consta tampoco de los documentos aportados que hubiera acuerdo de la Cooperativa adjudicataria en ese sentido, que en todo caso -y de haberlo- para que afectase al título constitutivo, al suponer una reforma o modificación de sus reglas, exigiría o que hubiere sido adoptado cuando la Cooperativa era dueña única de la casa, con la justificación pertinente, tal como indicó la Resolución de 22 de Octubre de 1.973, o el consentimiento de todos los copropietarios, si hubiere tenido lugar después, todo ello de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal".

Concluye la Resolución afirmando que "en consecuencia de lo expuesto han de entrar en aplicación los artículos 1, párrafo 3º y 98 de la Ley, así como el 355 de su Reglamento, que mantienen el principio básico de nuestra legislación inmobiliaria: uno, en su aspecto positivo, de que los asien

tos, sólo en cuanto se refieren a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y los otros dos en su aspecto negativo y excluyente, al ordenar que aquellos otros derechos que por no producir efectos frente a tercero podrían sembrar el confusionismo de continuar permanentemente en los libros del Registro, sean expulsados y se proceda a su cancelación a petición de parte interesada".

De la exposición de las tres resoluciones anteriores, podemos resumir en los siguientes - puntos la doctrina de la Dirección General de - los Registros y del Notariado:

1) La prohibición de disponer separadamente un piso y una participación indivisa en otro, si existe una causa justificativa, es válida e inscribible, produciendo todos sus efectos, si se hace constar en los Estatutos de la propiedad horizontal.

2) Dicha prohibición no puede imponerse fue

ra de los Estatutos.

3) Una de las características del elemento procomunal reside en la imposibilidad de transmitir las cuotas en el mismo a personas ajenas a la propiedad horizontal.

4) Se da por supuesto que el elemento procomunal es un elemento privativo, con su cuota de participación.

Más adelante estudiaremos debidamente estos puntos. Aquí solamente apuntaremos que la enorme complejidad de las situaciones que se crean y la inseguridad jurídica que acompaña siempre a las figuras oscuras, nos hace reafirmarnos cada vez más en lo dicho anteriormente: Que la única forma de regular la figura de una forma clara es -  
acogiéndose a una de las modalidades que hemos -  
expuesto.

#### IV. C O N C E P T O

A) El supuesto típico de "elemento procomunal".-  
Hemos visto anteriormente cómo los redactores de la Ley de Propiedad Horizontal introducen el último inciso del artículo 4 con un propósito muy concreto: para evitar que pueda ejercitarse la acción de división cuando "una parte del edificio (adviértase que no se utiliza la expresión "piso o local"), habitable o utilizable para local de industria, profesión o negocio, hubiere quedado sin atribuir a propietario singular, pensando en obtener un beneficio para la comunidad".

A pesar de este restringido concepto que parece tener el legislador sobre lo que luego se llamaría elemento o departamento procomunal, pronto la doctrina empieza a extenderlo para aplicarlo a los garajes configurados como elementos privativos y aplicar a ellos la improcedencia de la "actio - communi dividundo".

Sobre el concepto de elemento procomunal - -

existe una enorme disparidad en la doctrina. Como dice Sapena (20), para algunos es un elemento común, si bien diferenciado de los elementos comunes ordinarios (Barrenechea), o bien un elemento común accidental que puede dejar de serlo, a diferencia de los elementos comunes naturales (Alvarez); otros, como Fernández Martín-Granizo, dicen que tiene la condición de elemento común, aceptándolo cuando la proindivisión se ordena en utilidad de todos, y - Fuentes Lojo lo cualifica de elemento común surgido por voluntad de los propietarios, admitiendo su existencia para un servicio común, o para obtener una rentabilidad económica; sólo Monet por un lado -sigue diciendo el citado autor- y De la Cámara, - Garrido y Soto, por otro, lo contemplan como departamento diferenciado, cual otro piso o local, de singular configuración o naturaleza por causa de su destino.

Dada esta gran disparidad de criterios, vamos a examinar por separado las distintas construcciones doctrinales, antes de entrar en el estudio

de las características y régimen jurídico del elemento procomunal, dividiendo las teorías en tres grupos, a saber: los que consideran el elemento procomunal como un elemento privativo (piso o lo cal independiente), los que lo consideran como elemento común, y los que lo estiman como un - - "tertium genus", finalizando con el examen del problema de hasta qué punto puede la autonomía de la voluntad configurarlo de una u otra forma. Puesto que creemos como más acertadas las doctrinas del segundo grupo, al estudiar las mismas, daremos nuestra opinión sobre la naturaleza jurídica del elemento procomunal.

Ni que decir tiene que de la posición que se adopte sobre la cuestión dependen, como es obvio, las características y efectos que se atribuyan a la figura.

B) El elemento procomunal como piso o local independiente (Elemento privativo)



Sigue esta opinión Cámara, en el estudio citado, sin duda, a nuestro juicio, el más completo sobre la materia, y en otro en colaboración con - Garrido y Soto (21), y Sapena (22).

Cámara sigue esta opinión, aunque nos parece que con cierta timidez, ya que empieza sentando que "el elemento común por destino se aproxima mucho a los llamados departamentos procomunales". Sin embargo, después añade: "Estimo que el departamento procomunal debe constituir un departamen- to independiente ... El texto de la Ley, al con- siderar que el departamento procomunal es un pi- so o local sobre el cual se ha establecido la indivisión en beneficio o utilidad común de todos - los copropietarios, da a entender que no se tra- ta de un elemento común propiamente dicho, sino más bien de una parte privativa (obsérvese que se habla de "piso" o local, que son los términos que habitualmente emplea nuestro Derecho para referirse a ellas) sujeta a un régimen jurídico peculiar (24).

En sentido parecido se pronuncia también Moret Antón (28), al decir que, ya antes de la Ley de Propiedad Horizontal, la doctrina solía enfocar el supuesto bajo el prisma de las titularidades ob rem, con la adscripción por cuotas indivisas hechas función de las propiedades privadas y con la consiguiente exclusión de la ruptura de su unidad. Esto es, según Monet, lo que hoy día consiente la Ley, pues en su artículo 4 excluye la acción de división en un piso o local determinado "si la proindivisión ha sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios".

Monet califica el elemento procomunal por las siguientes notas: tiene que existir siempre una propiedad horizontal básica; no es un elemento común de los que como tales califica el artículo 396 del Código Civil; ha de ser configurado como procomunal de modo expreso, no encajando en dicho supuesto la simple copropiedad no establecida o configurada con tales caracteres; ha de ser en favor, servicio y utilidad común -

de todos los copropietarios y no basta, por tanto, que lo sean en favor de varios, y aun todos menos uno de los propietarios; existe adscripción ob rem de sus cuotas para cada titular de propiedades horizontales del edificio, con imposibilidad de separación en caso de enajenación o transmisión en general, por aplicación del apartado final del artículo 3º; y finalmente, existe respecto del elemento procomunal, prohibición legal de la acción de división.

Pero es Sapena el que más decididamente si gue esta posición de configurar el elemento procomunal como un piso o local independiente, al decir:

"Se trata de un condominio sui géneris que adquiere carta de naturaleza cuando siendo su objeto un departamento en propiedad horizontal la proindivisión tienda a una finalidad derivada del con cebir o del ser de dicho tipo de propiedad.

Viene posibilitado por un reconocimiento legal, plasmado en el último instante de la elaboración de la Ley sin precedente ni explicación ninguna, pero, como la práctica demuestra, para regular una realidad viva en cubrimiento de unas necesidades cada día mayores. Por lo que es en esta práctica, a golpes de pactos y reglas, escoplo y cincel de la figura, donde los juristas hemos de darle vida larga y recia para que no quede en norma inocua y olvidada, sino en amparo seguro de los múltiples casos que bajo ella puedan desarrollarse en bien -siempre en definitiva el mismo- de la sociedad que así lo requiere y a la que hemos de servir.

Yo lo definiría como el condominio de un piso o local en propiedad horizontal regulado en los Estatutos del inmueble para el servicio o utilidad de los condueños". (25)

"Si entendemos -dice también Sapena- que el

artículo 4 de la Ley se refiere a elementos comunes concretados en pisos o locales, su indivisión viene ya fijada por el 2° del citado 396, sin necesidad de norma especial alguna y menos aún que aquella "haya sido - establecida de intento", como el artículo 4° previene, ni tampoco habría porqué excepcionar la regla que el primer apartado de este precepto fija -"la acción de división no procederá para hacer cesar la situación que regula esta Ley"-, ya que no tratándose de propiedad separada de pisos o locales, sino de propios elementos comunes, nunca podría aplicárseles la aparente excepción que para la proindivisión de los mismos contiene esta norma. Luego estaríamos ante un precepto del que como única consecuencia podría sacarse la posibilidad de conferir caracter de - elemento común a los departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente en la misma línea de interpretación inocua, pues - las alforjas para este viaje ya nos las da

el Código Civil al relacionar los elementos comunes tan sólo por vía de ejemplo, permitiendo que la lista se extiende a todos aquellos que fuesen necesarios para el adecuado uso y disfrute del edificio, concepción cuya apertura corrobora el artículo 3° de la L.P.H., al hablar de elementos, pertenencias y servicios comunes" (26).

En principio, parece correcta la posición de Cámara. En efecto, el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal habla de piso o local, por lo cual parece que el elemento procomunal no es más que un piso o local más, con ciertas especialidades. Pero examinemos más detenidamente el precepto. En el Proyecto de Ley no existía la frase "y siempre que la proindivisión no haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios". Sin este inciso, está clara la expresión "piso o local" (que en el Proyecto era la de "apartamento"); el precepto, sin el inciso de referencia, está aludiendo a un piso o local normal, que en vez de -

pertenecer a un propietario único, pertenece a varios proindiviso. En el Dictámen se introduce el último inciso (introducción que se realiza, sin que se nos den -como hemos visto- demasiadas razones). Y ¿qué se dice para justificar la adición del inciso?. Como hemos dicho también, el informe de la Ponencia justifica el cambio diciendo: "Se adopta una nueva redacción recogiendo la posibilidad de que alguna parte del edificio habitable o utilizable para local de industria profesión o negocio hubiese quedado sin atribuir a propietario singular, pensando en obtener un beneficio para la comunidad, en cuyo caso no se podrá dividir".

No es demasiado explícita la explicación, pero es la única justificación que da el legislador al cambio introducido. Sin embargo, a pesar de la parquedad, creemos que de la misma se derivan con claridad las siguientes consecuencias:

1) Se habla de alguna parte del edificio.No se utiliza, por tanto, la expresión piso o local.

2) Se añade "habitable o utilizable para local de industria profesión o negocio". Si se estuviera refiriendo a un piso o local, el añadido no sería necesario, puesto que, por definición, el piso o local es siempre o habitable o utilizable para local de industria, profesión o negocio.

Es verdad que la unión de las notas anteriores viene a producir, de hecho, la caracterización del elemento procomunal como un piso o local susceptible de aprovechamiento independiente, es decir, que, de hecho, la expresión "piso o local susceptible de aprovechamiento independiente" es equivalente a la de "alguna parte del edificio habitable o utilizable para local de industria, profesión o negocio". Lo cual no puede extrañar, puesto que, desde



el punto de vista de la realidad práctica un elemento procomunal no se distingue de un elemento privativo; sin embargo parece esclarecedor que no se utilicen la expresión "piso o local", que es la que se utiliza cuando se quiere hablar del elemento privativo .

3) El elemento procomunal es, por tanto, una parte del edificio, habitable o utilizable para local de negocio, que, además, hubiese quedado sin atribuir a propietario singular. ¿Qué es una parte del edificio no atribuída a propietario singular sino un elemento común?. No parece lógico que la expresión subrayada se refiere a que el elemento procomunal, en vez de pertenecer a un propietario, pertenezca a varios, incluso a todos los partícipes en la propiedad horizontal; parece que dicha expresión quiere decir algo más. Creemos que no quiere decir otra cosa sino que se trata -

de una parte del edificio que podría haber sido elemento privativo, pero que, sin embargo, no ha sido configurado como tal, sino - que al haber quedado sin atribuir a propietario singular, ha quedado como elemento común.

4) De las características anteriores se derivaría que, para el legislador, lo que después se ha llamado elemento procomunal es todo - elemento común accidental. Pero, si seguimos investigando la voluntad del legislador vemos como, además, el elemento procomunal más típico está caracterizado por una finalidad clara: que esa parte del edificio, que podría haber sido un piso o local, sin embargo, no se ha configurado como tal, sino que ha sido dejado como elemento común (accidental) pensando en obtener un beneficio para la comunidad. Y ¿cual es ese beneficio?. Parece que aquél que se deriva de sus características: o bien el que preste un servicio útil a los partícipes en la Propiedad hori-

zontal, o bien, la contraprestación por la cesión de dicho elemento para habitarlo, o utilizarlo como local de industria, profesión o negocio.

5) No se utiliza la expresión que tanto usa la Ley, "susceptible de aprovechamiento independiente". ¿Cual puede ser la razón?. Sin duda que el elemento procomunal debe ser susceptible de aprovechamiento independiente, pero esta independencia no es tan drástica como en un elemento privativo, sino que puede llegar a ser muy pequeña. Pensemos, por ejemplo, en el caso de una parte del portal que se arrienda para establecer un pequeño negocio, como puede ser una expendiduría de tabacos (y el supuesto no es teórico). Es indudable que, en tal supuesto, existe una susceptibilidad de aprovechamiento independiente, pero la independencia es menor que la que, en principio, debería requerirse para un elemento privativo.

En la redacción del último inciso del artículo 4° de la Ley, la palabra "beneficio" se sustituye por la expresión "servicio o utilidad". Parece que se produce una ampliación del concepto de elemento procomunal, de manera que, además de aquel elemento común accidental que se configura como tal para obtener un beneficio mediante la contraprestación correspondiente a su cesión onerosa ("utilidad"), se incluye en él cualquier otro elemento común accidental; y esta ampliación del concepto es totalmente lógica, ya que no hay razón para que exista un diferente trato jurídico en uno y otro caso.

En cuanto a la afirmación de Sapena consistente en estimar que si el elemento procomunal es un elemento común sería inocuo el precepto, cabe alegar que, en esa línea de interpretación cualquier afirmación legal que tiende a corroborar o aclarar algo que ya se deriva de otros preceptos, habría de

tacharse de inocua. Pero es que, además, no cabe olvidar que, si bien la enumeración de elementos comunes que hace el artículo 396 reformado es por vía de ejemplo (se dice "tales como"), sin embargo, todos los elementos comunes que se enumeran son elementos comunes por naturaleza, y es indudable que un elemento común accidental, no es, ni mucho menos, "tal como" un elemento común esencial; sus características son tan diferentes que cabe sostener perfectamente que a lo que se refiere el artículo 396 es exclusivamente a los elementos comunes esenciales, sobre los cuales forzosamente recae un derecho de copropiedad que es inherente a la propiedad de los elementos privativos; y ese derecho de copropiedad es forzoso porque recae sobre unos elementos necesarios para el adecuado uso y disfrute de un edificio en régimen de propiedad horizontal. De todo lo cual se deriva que el último inciso del artículo 4° de la L.P.H. no es tan inocuo, pues, sin él, podría haberse mante

nido que cualquier copropietario podría haber ejercitado la acción de división sobre un elemento común accidental, ya que, mediante el ejercicio de la acción de división, no se hubiera hecho cesar la situación que regula la Ley (cfr. inciso primero art. 4°). Por todo ello las "alforjas para este viaje", en expresión del docto Notario, no nos las da el artículo 396, o al menos, no nos las da con la suficiente claridad.

Para Sapena (27) además, la cuota que corresponde a cada copartícipe en el elemento procomunal, puede configurarse o no, según - - quieran los que constituyen el régimen, como separable o inseparable de la titularidad de los pisos o locales. En este último supuesto, según el citado autor, se crea un "derecho anejo", Este derecho anejo "es la titularidad de una cuota indivisa de un departamento independiente, siquiera tenga el carácter de procomunal, para lo cual no encuentro obstáculo, pues una normativa de -

ese tipo no es otra cosa que, empleando palabras del legislador (artículo 5, 3°, L.P.H.), una regla de constitución y ejercicio del derecho no prohibida por la Ley en orden al uso y destino de los diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, parte del estatuto privativo que perjudicará a tercero si se inscribe en el Registro de la Propiedad. Pero es más, uno de los posibles anejos previstos expresamente por el legislador -el garaje- encuentra su cauce más adecuado en la atribución proindiviso de un local amplio, reglamentando su uso, que no en la propiedad exclusiva de cabinas independientes".

Esta construcción creemos que plantea grandes problemas. La palabra "anejo" parece indudable - que se está refiriendo a una cosa física -espacio suficientemente delimitado- cuya titularidad, en propiedad pertenece al que sea propietario de un determinado elemento privativo (titularidad ob rem). Por ello, el tratamiento registral del anejo es perfectamente coherente con nuestra legislación

hipotecaria: se inscribe en el mismo folio que el elemento privativo a cuya titularidad se vincula, es decir, es como una agrupación en la que el requisito de la colindancia no cuenta, teniéndose en cuenta el requisito del destino o unidad de explotación. Pero de ahí a pasar a decir que lo anejo puede ser una cuota-participación en una copropiedad, nos llevaría a admitir la agrupación de una finca con una participación indivisa de otra, cosa que, visto, como dice Sapena, que nuestra legislación registral se muestra enemiga de la cuota indivisa en una finca como derecho anejo de la propiedad de otra, hubiera sido necesario establecerlo con una gran claridad, si se trataba de introducir una excepción tan fuerte a la normativa general. Por otra parte, ya desde el principio - de este trabajo nos hemos mostrado en desacuerdo con ese sistema interpretativo que consiste en - admitir una figura por el sólo hecho de que la - legislación vigente no se opone a ella. Además, parece excesivamente aventurado pensar que, cuando el legislador alude al garaje como posible ane



jo, se esté refiriendo a la figura del llamado "derecho anejo", y no a un anejo en propiedad.

Sin embargo, la Dirección General de los Registros, en la Resolución de 20 de Diciembre de 1.973, que antes hemos comentado, admite la inseparabilidad del piso o local con la cuota de participación en el garaje. No obstante, nos parece que los motivos de la Resolución no son los mismos que los de la construcción de Sapena. En primer lugar, el problema se plantea, como hemos visto por la vía-discutible- de las prohibiciones de disponer. Y, por otra parte, en el fondo, lo que creo que nos está dando a entender la Resolución citada es algo que veremos después: que no pueden ser copropietarios del elemento - procomunal las personas ajenas a la propiedad horizontal. Creemos que, en el fondo, es ésto lo - que se quiere dejar sentado cuando se dice:" ... aquellas limitaciones, que saliendo al paso de un abusivo ejercicio de los derechos de los titulares de viviendas, prohíben la transmisión -

de este derecho procomunal con independencia de la correspondiente titularidad de propietarios a que está aquél vinculado no hacen sino reiterar una limitación institucional del régimen de la propiedad especial por pisos ...".

C) El elemento procomunal como elemento común accidental.

1) Introducción. Como he dicho antes, pienso que el elemento procomunal no es otra cosa que un elemento común accidental, modalizado, si se quiere, por su destino. El artículo 4º de la Ley de Propiedad Horizontal me parece claro, que, en su último inciso, no se está refiriendo a un piso o local configurado como elemento privativo al efecto de ser objeto de propiedad separada. En efecto, después de decir (artículo 396, 2º del Código Civil) que los elementos comunes no son susceptibles de división, y que la acción de división no procederá para hacer cesar la situación regu

lada por la Ley (art. 4, inciso 1° de la Ley de Propiedad Horizontal) -expresión que hay que entender, no en el sentido de que un edificio en régimen de propiedad horizontal no pueda ser dividido verticalmente (totalmente) si existe consentimiento de todos los condueños, sino en el de que no será posible ejercitar a uno o varios condueños la "actio comuni dividundo" regulado en el Código Civil-, afirma que sí puede ejercitarse por cualquiera de los copropietarios de un piso o local proindiviso. Ahora bien, como el derecho de los partícipes sobre los elementos comunes se configura como un derecho de copropiedad romana o normal, puede existir un piso o local que, siendo susceptible de aprovechamiento independiente, no sea un elemento privativo, sino elemento común, elemento que, si bien por sus características físicas, puede ser divisible (y aunque no lo fuera, podría imponerse la disolución de la comunidad vendiéndolo y repartiendo el precio, como hemos

visto), la indivisión ha sido establecida pre  
cisamente para que pueda cumplir dicha fun--  
ción de elemento común.

Como he dicho antes, no me parece correcto  
configurar el elemento procomunal como un pi-  
so o local independiente (elemento privativo)  
en proindivisión, puesto que (sobre todo si  
se opina, como hace Sapena, que pueden ser -  
partícipes en él personas ajenas a la comuni-  
dad de propietarios de la propiedad horizontal,  
y que el término "todos los propietarios" del  
último inciso del artículo 4º de la Ley de Pro-  
piedad Horizontal, se refiere a los copropieta-  
rios del elemento procomunal), el régimen de  
cada piso o local configurado como elemento pri-  
vativo, en lo que no afecta a su relación con  
los demás, o a la utilización de los elementos  
comunes, se rige por las reglas normales de la  
propiedad, y no es competencia, ni la Ley lo -  
ha pretendido, de la Ley de propiedad horizon-  
tal, crear un régimen especial para estas copro

pie<sup>u</sup>dades, con lo cual se haría inaplicable sin razón suficiente, el régimen de división establecido en el Código Civil.

La primera doctrina que abordó el tema ya lo entendió así, y los primeros comentaristas de la Ley de Propiedad Horizontal refirieron el último inciso del artículo 4° a los elementos comunes - accidentales o por destino.

Barrenechea (29) dice que ~~del~~ artículo 4° de la Ley de Propiedad Horizontal se deduce la existencia de dos tipos de elementos comunes:

- 1°) Los que componen en sí la casa, o sea las partes integrantes inseparables: paredes, suelos, fosos, escaleras, etc.
- 2°) Los locales o pisos susceptibles de aprovechamiento independiente, que en vez de atribuirse en régimen de propiedad privativa, quedan en común. Si ~~la pro-~~

la proindivisión de éstos -afirma el citado autor- ha sido establecida de intento para servicio o utilidad común de todos los propietarios, es decir, para uso indistinto o solidario de los mismos, no puede ejercitarse la acción de división. En otro caso, por ejemplo, si el piso que qudó en proindivisión para arrendarlo y sufragar con sus rentas los gastos del inmueble o para vivienda del administrador, podrá pedirse la división por cualquier condueño, y si ésta fuera imposible, procederá su enajenación de acuerdo con el artículo 404.

En principio es correcta la postura de Barrenechea, pero creemos que su postura es errónea al excluir del concepto de elemento pro-comunal a aquel que se configura como tal con - objeto de obtener un beneficio procedente de - su cesión onerosa, supuesto que fué, precisa- - mente el primero en estar en la mente del le--

gislador.

Alvarez Alvarez (30) también refiere el último inciso del artículo 4° a los elementos comunes accidentales, al decir que dicho artículo sugiere o vislumbra que pueda haber otros - elementos comunes, que son los accidentales. Dicho artículo-afirma- prevé que exista un piso o local en el que se establezca la proindivisión (el caracter de elemento común) de intento para el servicio o utilidad común, pero lo mismo que un piso puede ser un espacio, un paso, un jardín, etc.

El régimen de estos elementos comunes -sigue diciendo- será en principio el pacto que los ha establecido (estatutos), y las normas generales sobre elementos comunes en segundo lugar. Estos elementos, acordándolo por unanimidad, pueden dejar de ser elementos comunes, y entonces se pueden dividir y vender, a diferencia de lo que sucede con los elementos comunes naturales.

Para Alvarez, aunque estos elementos no tengan cuota, deben describirse en el título al igual que los demás pisos o locales. Dicha descripción evitará la posible duda de su caracter, además de que en caso de que la comunidad decida, en lo posible, vender alguno de aquellos, quedará ya reflejada su condición física e independiente. Dicha descripción se hará dentro del edificio, y la mejor forma es comprenderlas dentro del mismo, señalar su situación y extensión, el fin a que se dedican, su caracter de elemento común, y, por tanto, que carece de cuota, y en algunos casos sus linderos, para localizarlos y su acceso.

Y es que, como dice Carretero (31), calificar como procomunal un apartamento con número propio y cuota de participación, añadiendo la prohibición de transmitir con carácter perpetuo sus plazas de aparcamiento (uno de los supuestos que, como hemos visto, se ha calificado como elemento procómunal, y sin duda, el -



que ha provocado la mayoría de las discusiones y, por ello, la doctrina de la Dirección General de los Registros), con separación de su respectiva vivienda, es origen de ambigüedades. Y, sobre todo, como dice el citado autor (32), la prohibición de enajenar las plazas de garaje es contradictoria con el carácter de departamento independiente.

El artículo 4° de la Ley se refiere a una parte del edificio que es objeto de copropiedad romana o normal. De ello no se deriva que tenga que ser un elemento privativo, ya que la copropiedad que recae sobre los elementos comunes es una copropiedad normal en la que no cabe la acción de división porque la titularidad de la misma pertenece a los dueños de los elementos privativos, en la proporción que deriva de la cuota de participación. Que el derecho que recae sobre los elementos comunes es una copropiedad ordinaria, con las excepciones señaladas, se deduce de manera -

meridiana del artículo 396 del Código Civil, y es algo tan claro que no merece la pena insistir sobre ello. La diferencia entre esta copropiedad y la que puede recaer sobre un elemento privativo no es otra que en la copropiedad que recae sobre los elementos comunes no cabe la acción de división ni el retracto de comuneros, que se dan en la copropiedad ordinaria de un elemento privativo; por otra parte, la titularidad de las cuotas que recaen sobre los elementos comunes es forzosamente ob rem, pues es inseparable del dominio de cada uno de los elementos privativos.

Para analizar con precisión la naturaleza jurídica del elemento procomunal, y puesto que, como hemos dicho, es un elemento común, debemos examinar las distintas clases de elementos comunes, y la diferencia de tratamiento jurídico entre unos y otros.

## 2) Las clases de elementos comunes.

a) Elementos comunes esenciales y acciden-  
tales. La propiedad horizontal, por - -  
esencia, acarrea siempre la existencia de de-  
terminados elementos comunes. Su número depen-  
derá de la configuración física del edificio,  
pero en ningún caso pueden dejar de existir.

Estos elementos, que son absolutamente ne-  
cesarios para el adecuado uso y disfrute de  
un edificio en régimen de propiedad horizon-  
tal, son los elementos comunes esenciales, y  
en su gran mayoría, están enumerados en el -  
párrafo 1º del artículo 396 del Código Civil.  
Sobre estos elementos, y de una manera neces-  
aria, recae el derecho de copropiedad que, en  
la proporción que viene representada por la -  
cuota de participación, cuya existencia es -  
también imprescindible, es inherente a la - -  
"propiedad separada" de los elementos privati-  
vos. Estos elementos en ningún caso pueden de-  
jar de ser comunes, pues si dejan de serlo,  
deja de existir la propiedad horizontal. Si

dejaran de ser elementos comunes, la propiedad horizontal dejaría de ser tal, por eso, aunque el derecho que recae sobre ellos es una copropiedad romana, no puede ejercitarse sobre ellos la "actio communi dividundo", - que produciría la extinción del régimen, ni existe sobre los mismos el retracto de comuneros, que produciría el mismo efecto. Su titularidad ob rem, viene determinada por la titularidad sobre los elementos privativos.

Este régimen, aplicable a estos elementos, que tienen que ser comunes forzosamente, puede, por voluntad de los que constituyen el régimen, extenderse a partes del edificio que serían susceptibles de aprovechamiento independiente. Nos encontramos entonces ante la figura de los elementos comunes accidentales, llamados también elementos comunes por destino. Su régimen es el mismo que el de los anteriores, pero con la importante diferencia de que, así como se constituyeron como elementos comunes por un acto de voluntad (su configura--

ción como tal en los Estatutos), por un acto de voluntad contraria, pueden pasar a ser elementos privativos, o bien inmuebles normales y corrientes (en el caso de que ello sea posible), objeto de propiedad normal.

b) Elementos comunes totales y parciales.

En algunas legislaciones extranjeras se distingue , de entre los elementos comunes, - aquellos que son comunes a todos los propietarios, de aquellos que siendo comunes, su comunidad se restringe a sólo algunos de los copropietarios. Ya en el Derecho italiano se aludia a la figura de los elementos comunes - parciales, al establecer el artículo 5 del Decreto de 15 de Enero de 1.934 que "la propiedad de las cosas enumeradas en el artículo anterior puede ser común a todos o sólo a algunos de los condueños del edificio".

Y la Ley francesa de 10 de Julio de 1.965 establece en su artículo 4º:"las partes comunes son objeto de una propiedad indivisa en-

tre el conjunto de los copropietarios o solamente entre alguno de ellos".

Y es que, en efecto, parece lógico que existan junto a elementos que son comunes a todos los propietarios, otros que sólo lo sean a varios, ya que su utilidad se agota en el servicio que presten a algunos -pero no a todos- de los partícipes en la propiedad horizontal.

Sin embargo, la admisión en nuestro Derecho de la existencia de estos elementos comunes parciales, y dado que la Ley no utiliza el concepto ni siquiera se induce de sus preceptos la posibilidad de su existencia, -plantea diversos problemas; el primero y fundamental de los cuales es el determinar en qué proporción son copropietarios de los mismos aquellos propietarios que, de admitir la figura, serían copropietarios con exclusión de los demás.

En efecto, resulta que, si la proporción en que los copropietarios participan en los elementos comunes, viene determinada por la cuota de participación, y esta cuota es única ¿como se determinaría la participación en los elementos comunes parciales?. Para seguridad del tráfico y claridad de las situaciones creemos que la admisibilidad de elementos comunes parciales exige inexcusablemente la existencia de distintas cuotas, además de la general o normal, que determinen la participación en cada una de las distintas copropiedades existentes. Además, no se puede olvidar que el elemento común parcial tendría siempre un doble caracter de común por una parte y privativo por otra, dependiendo de que se le examinara desde el punto de vista del - participe o no participe en esa copropiedad reducida, lo cual, indudablemente supone una tremenda -- complicación.

El problema ha sido tratado por la doctrina. Cámara (33) dice que "aparte las disposiciones contenidas en el estatuto o en el reglamento de régimen

interior en orden a la utilización de las cosas comunes (cfr. arts. 5, 3º y 6 de la Ley) tenemos algunas de ellas que, por su propia naturaleza o por las condiciones de su instalación, solo están destinadas al servicio de ciertos departamentos. Esto acontece, por ejemplo, con la porteria, escaleras y accesorios, respecto de los departamentos ubicados en la planta baja si tienen acceso directo a la vía pública y carecen de entrada por el portal". "Aunque la Ley no lo hace, la realidad impone distinguir dos categorías distintas de elementos comunes. Los que lo son en absoluto y los que únicamente tienen esta consideración respecto a ciertos departamentos. Es absurdo que en las decisiones a adoptar respecto de estos elementos comunes restringidos hayan de participar los propietarios de locales que son por completo ajenos a ellos, de la misma forma que es arbitrario que dichos propietarios tengan que contribuir a sufragar los gastos que los mismos irroguen. Sin embargo ... el hecho de que el coeficiente exprese el módulo de participación en el valor total del inmueble implica que la participación de cada titular en los resultados -



que se refieran a aquél en su conjunto -así indemnizaciones en caso de siniestro o de expropiación forzosa- deben repartirse de acuerdo con el coeficiente general, sin que sea dable distinguir entre el valor que tengan los elementos comunes generales o los que estén al servicio de ciertos departamentos. Obsérvese que uno de los factores a tener en cuenta a la hora de fijar el coeficiente es "el uso que racionalmente se presuma que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes", según reza el artículo 3º-2º de la Ley de Propiedad Horizontal. Estimo, por tanto, que los estatutos pueden matizar en la forma expuesta el régimen jurídico de los elementos comunes".

La cuestión se complica teniendo en cuenta que, como veremos después, pueden existir elementos comunes de uso exclusivo de algunos partícipes. Entonces se plantea la cuestión de si los elementos comunes parciales no serán unos elementos comunes normales sobre los cuales existe un derecho de uso parcial de algunos de los partícipes en la propie-

dad horizontal. Quizá ésta fuera la configuración más clara, y a la que parece dan pie la Ley de propiedad horizontal a no hacer la distinción entre elementos comunes totales y parciales. (34)

En efecto, la Ley no solamente no distingue entre elementos comunes totales y parciales, sino que, en distintos pasajes, configura como elemento común todo aquello que no es elemento privativo. Así en el artículo 3, después de determinar que el régimen de propiedad horizontal confiere la propiedad exclusiva del elemento privativo, establece que el mismo régimen atribuye la copropiedad de los restantes elementos. De la misma forma, en el artículo 7 se habla de que, así como el propietario puede realizar obras dentro del elemento privativo, no puede realizarlas en el resto del inmueble. (35)

En definitiva lo que ocurre, como estudiaremos después, es que lo preponderante en la propiedad horizontal es la copropiedad sobre el edificio en su conjunto, lo cual dificulta aún más la admisión del elemento común parcial: en efecto, como hemos visto,

será elemento común todo aquello que no es elemento privativo.

Todas estas razones nos hacen inclinarnos a pensar que los elementos comunes parciales son, en realidad, y en cuanto se refiere al dominio, elementos comunes totales, sobre los cuales existe un uso exclusivo de algunos de los partícipes, figura que estudiaremos a continuación.

c) Elementos comunes de uso parcial.

Hay elementos comunes que agotan su función en ser tales elementos; así ocurre con el suelo, las cimentaciones, etc. Pero, al lado de estos, existen otros que son susceptibles de que, sin perjuicio de que cumplan su función como tales elementos comunes, puedan ser utilizados para otros servicios distintos. Un patio de luces, por ejemplo sin perjuicio de su finalidad, puede ser utilizado para almacenar productos, depositar objetos, etc., una azotea, sin perjuicio de servir de cubierta al edificio, puede ser utilizada para otros menesteres; si estos usos distintos de la finalidad principal se realizan de manera conjunta por los copropietarios,

no existe ninguna especialidad, pero nada impide que ese uso se conceda a uno o varios propietarios con exclusión de los demás. Nos encontramos entonces con la figura del elemento común de uso parcial, en este caso de uso distinto o complementario parcial.

Pero, al lado de estos elementos de uso complementario parcial, existen otros elementos comunes cuya misión es el uso de varios, pero no de todos los partícipes. Así, por ejemplo, el portal que da acceso a los distintos elementos privativos de cada - - planta, o el mismo portal de acceso a las viviendas, respecto de los elementos privativos que tienen acceso directamente a la vía pública. Ya hemos visto antes cómo no parece correcto hablar de elementos comunes parciales, y hemos dicho que cabía caracterizar a estos elementos como elementos comunes de uso parcial.

Respecto de los elementos comunes que hemos llamado de uso complementario parcial, para que tengan este régimen es preciso que consten con tal carácter en los estatutos inscritos, puesto que, en el -

fondo, el uso parcial supone un gravámen que recae sobre tales elementos en el sentido de que los copropietarios que no tienen derecho a tal uso se ven privados de una facultad o derecho que tendrían si no existiere la atribución de uso parcial.

Pero ¿y los elementos comunes que agotan su función en el servicio que prestan a varios propietarios?. ¿Es preciso que estén configurados en los estatutos con tal carácter, o basta con su propia naturaleza para configurarlos como tales?. En otras palabras: el portal de acceso a la casa, que no presta servicio a los elementos privativos que tienen salida directa a la vía pública, para considerarlo como elemento común de uso parcial ¿basta con el hecho de que no preste dicho servicio, o, por el contrario, es preciso que se haga constar en los estatutos que es un elemento común de uso parcial?.

Creemos que en este supuesto, estamos ante algo totalmente distinto del caso anterior. En efecto, su mismo uso revela, con publicidad de hecho, el uso parcial de estos elementos, y que por lo tanto

serán elementos de uso parcial por el simple hecho de que en los estatutos no se diga nada en contrario. Y pensamos así porque, aunque sobre tales elementos recaiga un derecho de copropiedad de todos los partícipes en la propiedad horizontal, tales elementos es tán configurados, "ab initio" como elementos de uso parcial, siendo tal uso su único destino. Por ello no nos cabe duda de la aplicabilidad al supuesto del artículo 394 del Código Civil que establece que "cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, - siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comu nidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho". Por lo tanto, el uso que cada partícipe puede hacer de las cosas comunes en una copro piedad está limitado, en primer lugar, por el destino de tales cosas comunes.

Pues bien: tanto en uno como en otro supuesto de elemento común de uso parcial parece lógico pensar que en las decisiones referentes a alteraciones en tal elemento que se refieran sólo a alteraciones de uso, sin que afecten al derecho de los demás co-

copropietarios, no deben participar todos los copropietarios sino sólo aquellos que tienen la exclusividad del uso. Podría oponerse a tal afirmación que el párrafo 2° del art° 7 de la Ley establece que en el resto del inmueble (es decir, en todo aquello que no es elemento privativo, como hemos visto antes), el propietario de cada elemento privativo "no podrá realizar alteración alguna". Sin embargo, no estimamos aplicable tal precepto al supuesto que estamos examinando, por las siguientes razones:

1) Parece que el precepto se está refiriendo a alteraciones que, de alguna manera, puedan afectar a los demás copropietarios. Por eso, en materia de alteraciones no es lo relevante sobre qué elementos se llevan a cabo, sino a quienes afectan (como lo demuestra el hecho de que en un elemento privativo tampoco pueden realizarse alteraciones que afecten a los demás, como resulta claramente del párrafo 1° del precepto).

2) Está claro que la Ley no se ha planteado el problema de los elementos de uso parcial.

3) Puede entenderse perfectamente que a las alteraciones a las que alude son aquellas que, de una u otra manera se refieren a la copropiedad que sobre tales elementos tienen todos los partícipes en la propiedad horizontal, puesto que no se distingue entre las alteraciones importantes, y aquellas que sólo se refieren a una mayor comodidad de la utilización.

4) Dichas alteraciones es lógico que sean decisión exclusiva de los propietarios que usan el elemento común de manera exclusiva, ya que, en la mayoría de los casos no perjudicarán a los demás copropietarios, sino que serán o reparaciones de desperfectos causados por el uso, o mejoras para hacer dicho uso de una forma más conveniente.

Como consecuencia de lo anterior los gastos de reparación o mejora en estos elementos comunes serán de cuenta exclusiva de los titulares de los elementos privativos que gocen del uso exclusivo. Esta consecuencia se deriva, si bien de forma no totalmente clara, de lo que establece el artículo 9 de la Ley. En efecto, el citado artículo en su número 5º establece que será obligación de cada



propietario la de "contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización". Parece que sería una interpretación excesivamente estricta pensar que los gastos susceptibles de individualización son sólo aquellos que se refieren exclusivamente al elemento privativo "de puertas adentro". Pensamos por el contrario que susceptible de individualización es todo gasto que se realice sobre cualquier elemento usado solamente por algunos, pero no todos los propietarios, con la limitación que veremos después. En apoyo de tal tesis creemos que puede aducirse el último párrafo del artículo, al establecer que "para la aplicación de las reglas precedentes (y el número 5 citado es una de esas reglas precedentes) se reputarán generales los gastos que no sean imputables a uno o varios - - pisos", puesto que imputables a varios pisos, pe

ro no a todos, serán los gastos que tengan por objeto la reparación o mejora de estos elementos de uso parcial.

A la anterior afirmación podría objetarse - que el último inciso del párrafo final del artículo 9, antes citado añade:"sin que la no utilización de un servicio exima del cumplimiento de las obligaciones correspondientes", argumentando que la no utilización de estos elementos de uso parcial no exime a los propietarios que no los utilizan de contribuir a sus gastos. Sin embargo, pensamos que el citado inciso final se refiere claramente a servicios que, desde el comienzo de la propiedad horizontal, estén pensados para su utilización por todos los propietarios, y como son elementos comunes normales no puede dejarse al capricho de ningún copropietario, el que pueda dejar de utilizarlos con la finalidad de dejar - de contribuir a sus gastos, con lo cual perjudicaría a los demás copartícipes, que se verían - obligados a contribuir en una proporción mayor.

Pero creemos que no cabe aplicarse a aquellos elementos que son de uso parcial no porque caprichosamente haya alguno o algunos copropietarios que no los utilicen, sino porque, por su propia naturaleza, estén configurados "ab initio" para ser utilizados en exclusiva por sólo algunos copropietarios. En este caso sólo sus copropietarios tendrán que contribuir a los gastos, por las razones expresadas, y aunque tal forma de contribuir a los gastos no haya sido establecida en los Estatutos, pues ya hemos dicho que tales elementos son de uso parcial, aunque en los Estatutos no se les haya configurado con tal carácter, pues su carácter deriva de su misma naturaleza y función.

El problema de si se debe contribuir al gasto producido por elementos comunes de uso parcial ha sido abordado por la Jurisprudencia. Vamos a examinarla a continuación pues creemos que de sus afirmaciones pueden extraerse importantes consecuencias.

cuencias sobre la materia que nos ocupa.

a) Sentencia de 21 de Noviembre de 1.968.-

Esta sentencia contempla el supuesto de unos estatutos en los que se establecía que los locales o tiendas comerciales o industriales quedarían exentos de participación en los gastos de escaleras, ascensor y portería. Habiéndose producido un aumento en dichos gastos, se pretende por los restantes copropietarios que los dueños de los locales comerciales abonen el aumento de los gastos desde la fecha de formalización de los estatutos, basándose, entre otros en los siguientes argumentos: que el sueldo del portero se marca con relación al líquido imposible de la finca, incluyendo los locales por lo que resulta inaudito que se les exima de tal pago; que, además, el portero presta vigilancia a toda la casa con inclusión de los locales comerciales y recibe los avisos que se hacen a éstos los días festivos o fuera de las horas de trabajo; que al firmar la escritura se eximió a los bajos del pago de porte--

ría, pero hay que tener en cuenta lo que correspondía a aquella fecha, puesto que si se hubiera sabido el considerable aumento de este servicio no se hubiera aceptado esta exclusión, y que lo contrario supondría un enriquecimiento injusto para los propietarios de locales. El demandado rechaza las pretensiones de la parte actora alegando que no se beneficia en nada del servicio de portería, ya que sus locales carecen de acceso a la misma y la vigilancia de los locales está atribuida a un vigilante permanente en las horas de cierre y que durante las de trabajo se encuentra el personal, y negando que el pacto sobre exención del pago del servicio de portería fuera solamente una vinculación con un cálculo determinado y concreto, pues dado el constante alza del costo de las cosas, referir dicha exención a un momento concreto carecía de fundamento.

El Juez de primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda y declarando que la entidad demandada tenía la obligación de satisfacer los gastos de portería correspondientes a

los locales de su propiedad, en cuanto al aumento existente.

La Audiencia Territorial confirma la sentencia y el demandado recurre en casación alegando entre otros argumentos que los estatutos de la Comunidad fueron reconocidos y aceptados por todos los sucesivos compradores de las viviendas y locales de negocio de la casa; que, por otra parte, si el demandante estimaba que los estatutos no eran justos, y ello a efectos puramente dialécticos, podía intentar la modificación de los mismos al amparo de lo dispuesto en el artículo 5º, párrafo cuarto, y artículo 16 regla primera de la Ley, pero lo que no podía en modo alguno era obtener una resolución judicial que violara dichos preceptos estatutarios y, en consecuencia, el artículo 1091 del Código Civil; que todo gasto que, aún cuando aparentemente sea común, pueda individualizarse, no debe ser satisfecho por la totalidad de los propietarios, sino únicamente por aquellos en los que el mismo se individualice, por lo que el fallo interpreta erróneamente el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal,

y que los propietarios de las viviendas, al aceptar pagar en su totalidad los gastos de portería, se obligaron a ello no sólo para el momento en que firmaron su aceptación de los estatutos, sino para el tiempo futuro.

El Tribunal Supremo casa la sentencia, y después de dejar sentado que la materia del litigio no radica en declarar la obligación de los propietarios de locales de negocio de contribuir a los gastos de portería, sino que de modo concreto - afecta a la eficacia de la cláusula estatutaria, cuya nulidad no se ha pedido por el demandante, - sino sólo la obligación del demandado de satisfacer los aumentos de los gastos desde la fecha de formalización de las escrituras, declara que la eficacia de lo establecido en los estatutos es patente, sin que ni el actor ni la sentencia recurrida hayan negado su validez, puesto que han mantenido su eficacia, aunque estableciendo una limitación en cuanto a su alcance, al excluir de la misma los aumentos del gasto, ello sin soporte alguno jurídico, ya que ni tal estipulación cabe considerarla como contraria a la Ley, ni la variación

del coste del servicio puede considerarse como un evento acaecido y que por ser imprevisto y variar esencialmente la situación al establecerse la - - exención, exija un tratamiento jurídico conducente a dicha limitación. Termina diciendo la sentencia que aún en el hipotético supuesto de que la - cláusula estatutaria fuese contraria a la Ley, no podría acudirse a la directa reclamación objeto del pleito, sin haber obtenido previamente la nulidad de la cláusula.

Vemos en la anterior sentencia como el Tribunal Supremo admite la validez de la cláusula de - exención y aunque tal admisión se vea bastante disminuida por el hecho de no haberse solicitado la declaración de nulidad de la misma, es innegable la claridad con que se afirma la validez, pues no creemos que nuestro Tribunal Supremo aplique una cláusula nula, otorgándole toda su eficacia, por el solo hecho de no haberse solicitado la declaración de nulidad. De modo que, a pesar de la apariencia de "obiter dictum" de la afirmación, vemos como, claramente, la sentencia reconoce la validez de la expresada cláusula.



b) Sentencia de 18 de Junio de 1.970.- (36)

El supuesto de hecho se centra en lo siguiente: se venden los distintos pisos de un edificio en documento privado, antes de constituir dicho edificio en régimen de propiedad horizontal. Posteriormente, la entidad vendedora suscribe con el Presidente de la Comunidad, que actúa con dicha cualidad, y a la vez, como propietario, un documento privado en el que éste (suponemos que ejecutando un acuerdo anterior de la Junta, ya que sus facultades para este otorgamiento no se discuten en ningún momento), acepta en principio el régimen que, de acuerdo con lo que la Ley preceptúa, establezca el vendedor al hacer la distribución por pisos, Posteriormente. y no se olvide, no siendo ya pro-  
pietaria de todos los pisos, puesto que había vendido todas las viviendas, pero amparada en su condición de titular registral, la entidad vendedora otorga escritura pública por la que agrupa cuatro solares, hace la declaración de obra nueva de la casa ya vendida por pisos en su gran mayoría, y - constituye el régimen de propiedad horizontal. Entre los pisos en que se divide la casa, existe un local designado con el número uno, propiedad de di

cha entidad, ya que no ha sido vendido, compuesto de planta baja sótano y piso primero izquierda. En los estatutos que se inscriben en el Registro, se señala la cuota de participación de cada piso, figurando en los mismos el siguiente párrafo: "No obstante y teniendo en cuenta que la finca número 1 posee servicio propio con puerta de acceso exclusiva y escalera interior que comunica la planta baja con el sótano y primer piso izquierda, queda excluída esta finca de contribuir a los gastos de entretenimiento, conservación y consumo de fuerza y energía, que origine el funcionamiento de ascensores y montacargas, luces del portal y escaleras, motor del agua y pago por los servicios - del portero, cuya función específica es totalmente ajena a la actividad y funciones que se desarrollan en la finca número 1 citada, cuya clientela no utiliza estos servicios comunes".

Los compradores de las viviendas formulan demanda solicitando, en cuanto a la cuestión que ahora examinamos, la modificación de la cláusula antes transcrita en cuanto supone una exención en favor de la finca número 1 de contribuir al entretenimiento

to de ascensores, montacargas, luces de portal y escaleras, motor de agua y pago por los servicios de portero, alegando, entre otras razones: 1) Que según el Reglamento de Régimen Interior, que consta en la misma escritura de constitución en régimen de propiedad horizontal el portero está obligado a la cobranza de los recibos y entregas de correspondencia con destino a los condueños y habitantes de la casa, así como de cuantos servicios interiores y exteriores estén relacionados con el inmueble, y que tiene obligación de encender la calefacción y procurar que todas las instalaciones y material común que esté bajo su vigilancia se encuentre limpio, y en las mejores condiciones de conservación; 2) Que el constructor-vendedor al redactar los estatutos faltó a los principios de justicia y equidad al liberar de determinadas obligaciones a la finca número 1, cuya propiedad se reservó, y que habiendo aceptado el Presidente en principio, el régimen que, de acuerdo con lo que la Ley preceptúa, estableciera el constructor, si el citado régimen no se adapta en todo a lo que la Ley preceptúa el Presidente no había prestado su consentimiento, pues el compromiso firmado por él otor

gaba solamente un voto de confianza, es decir - -  
"sub conditione".

El Juzgado de Primera Instancia desestima la  
demanda y la Audiencia confirma la sentencia.

El Tribunal Supremo casa la sentencia en la  
parte que aquí estamos estudiando argumentando -  
que "es evidente la interpretación errónea dada  
por el Tribunal de instancia al artículo 396 del  
Código Civil en relación con los 1º y 5º de la -  
Ley de 21 de Julio de 1.960 ... puesto que esta-  
blecido el carácter de elementos comunes de porte  
ría, ascensor y escaleras, resulta claro que la -  
vivienda número 1, con una participación de 23 cen  
tésimas, 258 milésimas, está obligada a participar  
en los gastos comunes y de conservación, ya que si  
bien el número 3º del artículo 5º, de la antes ci  
tada Ley, permite fijar al propietario la cuota de  
participación de cada piso, al iniciar la venta de  
éstos teniendo en cuenta para dicha fijación la si  
tuación de los mismos y el uso que va a efectuar -  
de los elementos comunes, no hay disposición alguna  
que permita que una vez fijada tal cuota se exima

a alguno del pago de los gastos de conservación anejos a su participación"... no siendo obstáculo a tal estimación "la norma 1º del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, puesto que la unanimidad exigida por tal disposición hace referencia a las modificaciones en el título de propiedad y Estatutos acordados por la Junta de Propietarios, más no puede en forma alguna ser aplicable cuando, como en el presente caso, surge la modificación por contenerse en el título constitutivo una disposición contraria a la Ley y lesiva para los derechos de propiedad del resto de los condueños". (37).

Dice Cámara (38) comentando la anterior sentencia, y más concretamente la afirmación de que no hay disposición alguna que permita que una vez fijada la cuota se exima a algunos pisos del pago de los gastos de conservación anejos a su participación: "No cabe duda que el argumento del Tribunal Supremo tiene bastante consistencia, y cabe aún reforzarlo con el inciso final del artículo 8 de la L.P.H., según el cual la no utilización de

un servicio no exime de las obligaciones correspondientes. Sin embargo, el razonamiento del Alto Tribunal no nos parece decisivo. Porque si bien es cierto que el coeficiente de participación ha de ser señalado teniendo en cuenta el uso que cada departamento vaya a hacer de los elementos comunes, no es ése, ni mucho menos, el único factor a tener en cuenta (ni siquiera el primordial) por lo cual puede no ser justo que la participación en los gastos sea exactamente proporcional al porcentaje que represente la cuota. La regla general formulada por el artículo 3 b) de la L.P.H., en lo que se refiere a la participación en las cargas, debe ser atemperada por lo que al respecto dispongan los estatutos (el artº 5,-3º; considera que las cuestiones referentes a los gastos son de su competencia) y, en cuanto al último inciso del artículo 8, puede y debe interpretarse estimando que lo que el precepto prohíbe es la circunstancia de que un copropietario no utilice, porque no quiera, un elemento común que objetivamente está a la disposición de su departamento, escurra el bulto y se niegue a pagar con ese pre

texto lo que le corresponda" (39). Esta opinión, como vemos está en la misma línea que estamos manteniendo.

Lucini Casales dice, en un comentario a la sentencia expuesta (40), que la afirmación del Tribunal Supremo de que no hay disposición que permita que se exima a algunos locales del pago de los gastos anejos a su participación, por su propia generalidad, ofrece ciertos reparos, y - entre ellos el de que a la hipotética inexistencia de disposición permisiva el T.S. parece dar el valor de norma imperativa de signo prohibitivo."Y conste que decimos hipotética inexistencia -sigue diciendo este autor- porque cabe sostener en contra del T.S., que la L.P.H. contiene verdaderas normas permisivas, tanto en el artículo 5º, párrafo 3º, como en el artículo 9º, regla 5ª".

Considera Lucini que estimar prohibida a ultranza la exoneración de ciertos gastos en determinadas circunstancias es algo que no sólo no está en la letra, sino tampoco en el espíritu de la Ley. "Ciertamente es -continúa- que toda exoneración -

de contribuir al sostenimiento de la cosa común, aunque esté basada en la no utilización o en la muy limitada utilización de ciertos elementos o servicios comunes por determinados propietarios, produce, casi instintivamente, una reacción adversa fundada en la sensación de falta de equidad y en la apariencia de abuso que toda exoneración - privilegiada parece llevar consigo, máxime si la misma ha sido introducida unilateralmente en los Estatutos que han de regir la Comunidad por aquél de los comuneros a quien favorece. No obstante, para desvanecer esa sensación y demostrar que la exoneración no es necesariamente siempre abusiva - lo que equivale a decir que a veces puede serlo, como acontece en nuestro caso, según veremos - basta pensar que uno de los criterios racionales - que la propia L.P.H. contempla en su artículo 5º, párrafo 2º, con vistas a la fijación de la cuota de participación en la Comunidad y, consiguientemente, como regla general, en los gastos, es precisamente "el uso que se presuma racionalmente - que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes".



"Aclaremos -sigue diciendo-, antes de proseguir y para evitar malos entendidos, que, a nuestro juicio, coincidente con el de la generalidad de la doctrina, dado los términos del citado precepto legal para fijar la cuota es obligada la contemplación de los cuatro criterios que en él se indican, como mínimo, a saber: superficie, emplazamiento, situación y uso presumible. Pero, - también a mi juicio, la contemplación de este último criterio en particular puede hacerse o bien por la vía de subsunción en la propia cuota en virtud de índices valorativos más o menos arbitrarios y de complejas operaciones matemáticas, de dudoso resultado en orden al logro de una equidad absoluta, o bien por la vía menos complicada de la exoneración de determinados gastos para - aquellos pisos o locales que, en atención a circunstancias peculiares (y, entre ellas, las de su emplazamiento y situación, así como la de su posible incomunicación directa con el interior del edificio, etc.), así lo aconsejan. Ni que decir tiene que esta exoneración despliega una función correctora de la cuota previamente establecida, que no sólo no desdeña el mandado legal imperativo

en orden a su fijación, sino que lo cumple escrupulosamente"

Y en la misma línea que veíamos apuntaba Cámara, afirma Lucini : "Así mismo contribuye a disipar la sensación de necesarios abusos a que antes aludíamos, en tema de exoneración de gastos en favor de determinados pisos (por ejemplo, los de ascensor en relación con un local comercial situado en la planta baja o en el sótano del edificio y sin comunicación con el portal o la escalera del mismo), la detenida lectura del artículo 9º, párrafo último, de la L.P.H., conforme al cual "se reputarán gastos generales los gastos que no sean imputable a uno o varios pisos, sin que la no utilización de un servicio exima del cumplimiento de las obligaciones correspondientes". Parece evidente que "la no utilización de un servicio" que no exime de la obligación de pagarlo se refiere a los pisos a los que son imputables los gastos, es decir, a aquellos cuyos propietarios u ocupantes, pudiendo utilizar el servicio y siendo normal que lo utilicen conforme a un uso racional del propio piso, no quieren hacerlo. Ejemplo: el poseedor de

un piso alto que desiste de utilizar el ascensor y sube por la escalera, o cualquier otro poseedor que cierra los radiadores de su piso para no utilizar la calefacción. Ni el primero queda eximido de contribuir al pago del ascensor ni los últimos de contribuir al sostenimiento de la calefacción, so pena de llevar a la comunidad a una total anarquía. En cambio, no puede decirse lo mismo en el caso del poseedor de una planta baja con acceso independiente a la calle y sin comunicación interior con el portal del edificio, el cual no utiliza el ascensor, porque con arreglo a la lógica, no hay razón para que lo use ni se concibe que en consideración a ese local se haya establecido el servicio de ascensor; y lo mismo cabe argumentar, incluso con más motivo, respecto de aquel propietario en cuyo piso o local ni siquiera existen instalados radiadores de calefacción, y ello aún en el caso -si bien más opinable- de que atraviesen el piso o local determinadas conducciones generales de dicho servicio".

Por nuestra parte, creemos que hay determinados extremos de los hechos de la sentencia que es

preciso tener en cuenta para ver de qué forma tie  
nen relevancia para el fallo, puesto que éste, en  
el caso concreto nos parece justo. Estos extremos  
resaltables son los siguientes:

1) Los estatutos son otorgados no por los pro  
pietarios de los pisos o locales, sino por el cons  
tructor, el cual ha dejado de ser propietario con  
anterioridad de dichos pisos o locales. Desde el -  
punto de vista hipotecario ello es posible porque  
el constructor aparece como titular registral; des  
de el punto de vista civil el constructor se apoya  
en una especie de aceptación anticipada de la Comu  
nidad de propietarios para que redactara los esta-  
tutos "de acuerdo con lo que la Ley preceptúa". El  
problema se centra entonces no en si los propieta-  
rios, por unanimidad, pueden acordar la exención  
de ciertos gastos a algunos locales, sino el hecho  
de si el constructor se ha excedido, en el uso de  
tal autorización o poder. Y parece que se ha exce  
dido, ya que la distribución de gastos se hace be-  
neficiando al local que el constructor se ha reser  
vado para si.

2) Pero para la t  sis que venimos mantenien-  
do más importante aún que la afirmación anterior  
es el hecho de que, según parece desprenderse de  
la sentencia, el local exonerado de los gastos -  
utilizaba de alguna forma los servicios cuya exo-  
neración pretendía. En efecto, como resalta Luci-  
ni (41), el local cuya exoneración se pretende -  
ocupaba tres plantas y pese a su salida indepen-  
diente a la calle, tenía también una puerta de -  
comunicación a la escalera general del edificio;  
el constructor dueño del local alega que su clien-  
tela no usa los servicios comunes, pero silencia  
la posibilidad de que los use el personal que tra-  
baja en el propio local. Por otra parte, parece  
también, según el Reglamento del Régimen interior,  
que las obligaciones del portero se extienden tam-  
bién a actividades relacionadas con el local co--  
mercial exonerado.

Por tanto, y en definitiva, dejando aparte -  
las afirmaciones de la setencia, ciertamente dema-  
siado amplias, la realidad del caso juzgado es la  
de un local que pretende exonerarse de los gastos  
que producen unos servicios comunes que, de una -

forma o de otra, están puestos a su disposición, por lo cual nunca entrarían en el supuesto que estudiamos de elementos comunes de uso parcial.

c) Sentencia de 16 de Febrero de 1.971.-

Se trata de un edificio complejo en régimen de propiedad horizontal. El edificio está formado por siete bloques, cada uno de los cuales tiene su correspondiente portería. El sótano, configurado como elemento privativo, ocupa casi la totalidad de los siete bloques. En los Estatutos se configuran tantas comunidades parciales como portales tiene el bloque, haciendo partícipes a los propietarios de los locales de negocio en los gastos de portero y portal que corresponden a cada uno. También se establece en los Estatutos que los propietarios de los locales de negocio están exceptuados de contribuir a los gastos que se produzcan por el uso de escaleras, ascensores y fachadas a partir de la rasante del primer piso. Habiéndose negado el titular del sótano, que tiene acceso por la vía pública, al pago de los gastos de las siete porterías en proporción a su cuota de participación en la comunidad, la citada comunidad le demanda alegando que, si bien los

propietarios de los locales de negocio están exceptuados de contribuir a los gastos que se produzcan por el uso de escaleras, ascensores y fachadas a partir de la rasante del primer piso, no ocurre así con los gastos de porterías, que pagan los demás copropietarios de los locales a excepción del propietario del sótano, el cual - si bien paga los restantes gastos comunes, se - niega a pagar los correspondientes a los porteros, suplicando se condene al citado propietario del sótano al pago de dichos gastos en proporción a su cuota de participación. El demandado se opone a la demanda y si bien admite haber estado dispuesto a contribuir a los gastos de la - portería inmediata a la puerta del local de su - propiedad, suplica se desestime las pretensiones del demandado.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la Audiencia confirma la sentencia del Juzgado.

Se recurre en casación alegando, entre otros motivos, incongruencia de la sentencia ya que, al

absolver al demandado no ha tenido en cuenta el reconocimiento que éste hacía en su escrito de contestación a la demanda y según el cual admitía haber estado dispuesto a contribuir a los gastos de la portería inmediata al local de su propiedad.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso afirmando, en primer lugar, que no existe incongruencia ya que el actor no formuló como petición subsidiaria que el demandado pagara los gastos de la portería inmediata a su local, y que el reconocimiento del demandado sobre este punto no fué más que un mero argumento defensivo frente a las pretensiones del actor. En segundo lugar, afirma el Tribunal Supremo que - "debe prevalecer el principio de autonomía contractual, por lo que no han de tener el concepto de gastos generales, los que por pactos han sido excluidos, para individualizarlos entre los propietarios de determinados pisos y locales de negocio respecto a cosas o servicios sobre los que por razón de su más directas relaciones, se han constituido comunidades parciales cual en el su-



puesto de autos".

No está muy claro que en la Sentencia antes expuesta que el local-garaje estuviera expresamente declarado exento de los gastos de las porterías, aunque así lo entiende el Tribunal Supremo. Lo que si parece claro es que dicho local no se beneficiaba ni utilizaba en forma alguno los servicios del portero ni de la portería.

¿Qué conclusión podemos sacar de la jurisprudencia expuesta?. La doctrina más autorizada (42) ha estudiado las anteriores sentencias desde una óptica concreta, la validez o nulidad de la cláusula por lo que se exime a determinados pisos o locales de contribuir a determinados gastos de la comunidad.

Dice Cámara a este respecto que la jurisprudencia no es demasiado clara. Nosotros no pensamos así: en efecto, examinadas detenidamente las tres sentencias que anteceden, se observa - que las Sentencias de 1.968 y 1.971, como hemos visto, parten de la plena validez de la cláusula.

La Sentencia de 1.970 es la que, en principio parece no admitir tal cláusula. Pero como también veíamos, en dicha Sentencia el problema central, más que el de la validez o nulidad de la cláusula por su contenido, radicaba en si el otorgante de los Estatutos (que no era ya el propietario - de todos los pisos o locales) se había extralimitado o no de la autorización que le había sido concedida por los propietarios para redactar los mismos, es decir, el problema central era el de la validez o nulidad de los Estatutos en virtud de si podía otorgarlos el que los otorgó.

Creemos, por tanto, que ha de considerarse plenamente valida la cláusula de exención de determinados gastos a alguno o algunos pisos o locales. Pero la esencia del problema entendemos que no radica ahí. Pensamos que eximir a determinados pisos o locales de ciertos gastos no es más que una forma indirecta (aunque la más práctica) de expresar que esos gastos son producto de la utilización de un servicio en cuya utilización no participan los pisos o locales exonerados. Es decir, que la razón de la exención del gasto es

que el elemento o servicio común que lo produce es un elemento o servicio común de uso parcial, y por ello es totalmente justa la exención.

Ahora bien ¿que ocurrirá en el caso de un elemento común de uso parcial cuando respecto de los gastos que produzca no exista exoneración a favor de los dueños de los pisos o locales que no participan en el uso?.

Creemos que para contestar a la pregunta anterior, debemos distinguir distintos supuestos:

1) Elementos comunes de uso parcial de los cuales todos los pisos o locales participan en el uso de unos, pero no de los demás. Es el supuesto, entre otros, de los portales de acceso a los pisos de cada planta. En este caso lo normal en la práctica es considerar que todos los gastos que se producen en dichos elementos son comunes a todos los pisos, sin distinguir si participan o no en el uso del elemento común de cuyos gastos se trata. En realidad, lo lógico sería que cada piso participara solo en los gastos de elemento común que usa, pero dado que, en realidad, si el uso es

normal, las reparaciones o gastos van a ser iguales para todos los elementos de uso parcial, no hay inconveniente en mantener el sistema que se sigue en la práctica, dado que no produce resultados injustos. Ahora bien, la solución tiene que ser forzosamente distinta cuando el gasto no es igual para todos los pisos o locales. Por ejemplo: en el portal de acceso a unos pisos se introduce, por voluntad de los dueños de tales pisos, determinados elementos decorativos que producen unos gastos de mantenimiento más costosos. En este caso, aunque haya existido consentimiento expreso o tácito de los restantes copropietarios (que antes hemos dicho que en la mayoría de los casos no era necesario), el aumento del gasto producido sería injusto que corriera a cargo de todos los copropietarios. Esta conclusión revela que considerar a estos elementos como elementos normales, sin tener en cuenta su uso parcial, solamente resulta justo, en materia de gastos, cuando cada copropietario contribuya de forma igual a los gastos producidos por los demás, lo cual es lo mismo que decir que es justo cuando cada copropietario pague a los demás lo mismo que los demás le paguen a

él. En consecuencia, vemos que lo que falla es la afirmación de considerar a esos elementos como elementos comunes normales y no elementos comunes de uso parcial.

Entonces, el hecho de que los gastos de tales elementos comunes deban ser sufragados exclusivamente por los copropietarios que los usan debe ser independiente de que se haya establecido así o no por los estatutos. Con lo cual llegamos a la conclusión de que lo importante en materia de gastos no es tanto la exoneración que se establezca en los Estatutos (si bien ésta será una afirmación de un uso parcial), como el uso real que esté previsto para tales elementos.

2) Elementos comunes de uso parcial en los que hay pisos que no utilizan tal elemento, sin que, a cambio, utilicen otros. Parece claro que los gastos que produzca su uso deben ser sufragados solamente por los pisos o locales que los utilicen. Lo que ocurrirá es que en la mayoría de los casos habrá sido prevista esta circunstancia en el momento de establecer la forma en que todos los pisos contribuirán a

los elementos comunes, y, consecuentemente, se habrá atribuído, de forma genérica, una participación mayor en los gastos generales de los pisos o locales - que usan en exclusiva dichos elementos, con lo cual, exonerar a los pisos o locales que no los utilizan, de los gastos de los mismos, produciría una situación injusta. Pero el problema se plantea con toda su crudeza cuando, por las circunstancias que sean, se produce un aumento desproporcionado en los gastos de tales elementos. Entonces quiebra la equivalencia de las prestaciones, por lo cual sería injusto que el aumento del gasto en tales elementos produjera un aumento de la cantidad que deben aportar a los gastos generales los que no participen en el uso del elemento común en el que se produce dicho gasto.

Por tanto, y como conclusión, hay que afirmar - que, en los elementos comunes de uso parcial, los gastos de tales elementos producidos por el uso deben - ser satisfechos exclusivamente por los dueños de los pisos o locales que los utilizan, salvo que este uso parcial haya sido tenido en cuenta -y sólo en la medida en que haya sido tenido en cuenta- a la hora de establecer la forma en que todos los pisos o locales

contribuirían a los gastos comunes.

Y esta conclusión no está lejos de las mantenidas por la Jurisprudencia. En la sentencia de 1.971 que - antes hemos examinado vemos como no estaba claro que el local garaje hubiera sido exonerado de los gastos de portería, y sin embargo se declara que no tiene obligación de pagarlo. Por su parte, en la sentencia de 1.968, también comentada, se desestima la pretensión de que unos locales satisfagan el aumento de gastos producido por unos elementos comunes de uso parcial en cuyo uso no participaban; y en la Sentencia de 1.970, aparte del problema de la extralimitación de facultades con que parece actuar el otorgante de los Estatutos, parece claro que no se trataba de un elemento común de uso parcial, ya que da la impresión de que el local exonerado utilizaba de alguna manera el elemento en cuyos gastos no quería participar.

d) Elementos comunes de servicio parcial.-

Todo lo que antes se ha dicho sobre la categoría de los elementos comunes de uso parcial es aplicable

al caso de que realmente no se trata de un uso, sino de un servicio distinto de la utilización el que tales elementos prestan a parte de los propietarios: por eso hemos estudiado anteriormente, englobándolos, elementos comunes de servicio parcial. Creemos que no debe haber la más mínima dificultad en admitir - que su naturaleza y régimen son los que anteriormente se han señalado, y que no examinamos para evitar repeticiones innecesarias.

3) Incidencia del problema de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal.

a) ¿Propiedad o copropiedad? La propiedad horizontal plantea un problema que, en principio podría parecer meramente conceptual y abstracto pero que, como veremos después, incide de manera esencial en este estudio. Se trata del problema de si en la propiedad horizontal prevalece la idea de copropiedad, o por el contrario, lo importante es la "propiedad separada" de los pisos o locales. La doctrina se halla profundamente dividida sobre esta cuestión. Como incluso aquellos autores que creen que lo esencial en esta institución es la propiedad separada



del piso o local independiente no pueden dejar de considerar la importancia que tiene la copropiedad de los elementos comunes, se suelen calificar por la doctrina a estas teorías con el nombre de dualistas, puesto que configuran la propiedad horizontal como una institución en la que resaltan con igual importancia la propiedad separada del piso o local y la copropiedad sobre los elementos comunes.

Por el contrario, se califica de teorías monistas a aquellas que mantienen que el "centro de gravedad" (expresión que a este respecto ha consagrado la doctrina), radica en la copropiedad, la cual recae, más bien que sobre los elementos comunes, sobre la totalidad del edificio.

1) Teorías dualistas.- Es la dirección que, siguiendo la tesis de Monet Antón acoge el I Simposio sobre Propiedad Horizontal celebrado en Valencia en 1.972. Dice el Acta de las sesiones de trabajo del citado Simposio:

"Expone la Comisión su criterio sobre la propie-

dad horizontal como modalidad especial de dominio en función de la peculiar configuración de su objeto. - Esta construcción doctrinal acoge características - apuntadas por las anteriores -derecho de propiedad - modalizado, matices de condominio sin acción de división, complejidad de sus elementos integrados en una figura derivada del dominio, cierta estructura orgánica en la dinámica de la propiedad horizontal-, pero sitúa su centro de gravedad en la especial naturaleza del propio objeto del derecho, que repercute directa e indirectamente en los límites y en la eficacia de su contenido, pero sin que pueda negarse la relación de propiedad que liga al titular con su piso. Sobre la base de un edificio que es a la vez objeto unitario de una relación jurídica y que contiene en su seno otros objetos sustantivos de sendos derechos en pluralidad, parece evidente que el derecho constituido sobre un piso tiene rango sustantivo y fundamental de propiedad, se halla revestido de todas las cualidades y facultades que tradicionalmente se vinculan al dominio, que, como tal es proclamado por la Ley, reconocido por la Jurisprudencia, aceptado por la Doctrina y vivido íntegramente en las relaciones y tráfico de la gente. Esta construcción -

que no constituye una elaboración de laboratorio, si no que ha nacido en los estudios notariales sobre el análisis de los casos concretos, sintetizando sus líneas generales, trata de resolver las dificultades de la institución en función de la especialidad de su objeto que repercute directa e indirectamente en el contorno y efectividad de la propiedad horizontal, cuyo objeto primordial es el piso o departamento, pero considerado como parte integrante de un edificio y mediatizado por la definitoria circunstancia de su sede, que es indispensable tanto para su configura--ción como objeto de derecho, como para el uso y disfrute de su contenido, que abarca, junto con las facultades sobre un espacio suficientemente delimitado, las que recaen sobre los restantes elementos del edi--ficio, como una prolongación comunal que no se conce--de precisamente al titular de la propiedad horizon--tal, que deviene así en una relación de propiedad singular frente a las reglas generales, peculiar por su propia individualidad, producto y fusión, que no suma, de los elementos configurativos que la integran, haciendo de ella una propiedad especial, compleja, -interdependiente y funcional.

Perfila, por último, la Comisión su exposición de la doctrina notarial, completando la especialidad derivada del objeto, con la particularidad de la titulación sobre el mismo, en el sentido de que en la propiedad horizontal la titularidad dominical recae sobre el objeto único del piso o local y sobre el inmueble compartido con todos los demás propietarios, pero deviniendo exclusiva la utilización y aprovechamiento de cada uno de los departamentos. Ahora bien, en la institución que se estudia, el derecho indiviso de aprovechamiento que caracteriza a la comunidad ordinaria se transforma en derecho de propiedad privativa sobre cada piso o local, alcanzándose así la ventaja de robustecer tal aprovechamiento separado, elevándolo a la categoría de derecho de propiedad y dotándolo de aptitud para el tráfico jurídico al poder ser enajenado y gravado como todo derecho de propiedad. Pero dentro de esta propiedad separada se integran aquellas facultades comunitarias que están irrevocablemente unidas a la naturaleza de la propiedad horizontal, si bien con referencia no a determinados elementos sino a la copropiedad de todo el edificio sobre el que inciden una pluralidad de derechos dominicales que se -

limitan y condicionan recíprocamente, haciendo evidente que la propiedad compartida es diferente que la -- propiedad que se ostenta a título de propietario individual y único. De esta forma en la propiedad horizontal el derecho dominical de cada copropietario se proyecta, de un lado y con carácter exclusivo sobre una porción materialmente determinada del inmueble y, de otro, sobre el resto de la finca, dando la impresión de una pluralidad de derechos interdependientes que se comparten sobre el mismo edificio; pero tal fragmentación del objeto y la consiguiente autonomía de los objetos parciales no puede tener ni tiene consecuencias absolutas, porque cada departamento constituye una parte de la finca total y única; porque la esencial unidad física del edificio, como último objeto de la propiedad horizontal, es el fundamento de las limitaciones impuestas a cada propietario, no sólo en cuanto a la utilización de los elementos comunes, sino también respecto al uso de cada departamento y la causa de que tales limitaciones tengan que ser necesariamente más fuertes que las que afectan a la propiedad individual y separada sobre fincas netamente independientes; porque sólo así puede justificarse la exclusión de la acción divisoria y el que la cuota o coeficiente de participación no se refie-

ra exclusivamente a los elementos comunes, sino que constituye también el módulo para los beneficios y cargas por razón de la comunidad, expresando, por tanto, la proporción en que cada propietario participa en el valor total del inmueble.

Todo ello conduce a que la Ponencia considere que la propiedad horizontal constituye una propiedad especial por su objeto y que, a efecto de su titularidad y contenido se encuadra como figura peculiar de la comunidad - sin olvidar que, en definitiva la copropiedad es una forma especial de la propiedad-, que confiere al derecho de cada propietario sus caracteres de complejo, interdependiente y funcional". (43).

Las afirmaciones anteriores del Simposio son precedidas de un rechazo absoluto de las llamadas teorías monistas o unitarias, con las siguientes palabras:

"El signo colectivista ha sido destacado con gran brillantez por parte de la doctrina italiana que se funda en el hecho evidente de la existencia de un sólo edificio sobre el que recae la plural titularidad de los condóminos como sujetos de derecho; en tal -

sentido, la disposición sobre el total edificio y el poder de gestión sobre el conjunto del mismo está en manos del grupo de condóminos como ente colectivo, - cuya voluntad se organiza a través del principio de mayorías mediante acuerdos con eficacia real que se imponen a los adquirentes de las partes privativas, teniendo en cuenta que las facultades de los condóminos sobre estas últimas (uso, disfrute, eficacia, de los acuerdos, transferencia de sus derechos ...) están modalizadas de tal forma que no pueden encajarse en el contenido clásico del derecho de propiedad, y aunque constituyen un verdadero derecho real, se integran en una personalidad colectiva, que todavía no es persona jurídica abstracta y unitaria (a falta de reconocimiento legislativo por el Estado), pero que es ya un nuevo sujeto de derecho.

La Comisión expone los argumentos que en el campo de derecho constituído se oponen a esta progresiva construcción, que consisten, fundamentalmente, - en la creación de un tipo especial de copropiedad o propiedad colectiva con indivisión forzosa, sin derechos de preferente adquisición, con distinto acento comunitario sobre ciertos elementos del edificio de uso general, respecto de aquellos que se disfru

tan individualmente, así como en la esfera de la disposición, enteramente reservada al titular propietario y en el que el ente colectivo no tiene más trascendencia que la estrictamente referida a las relaciones internas entre los condóminos.

Las dificultades de las teorías unitarias han dado lugar a las construcciones dualistas, no sólo en cuanto al propio contenido de la propiedad horizontal, sino incluso respecto a la posible dualidad del régimen jurídico. Así ocurre en Francia, cuyo sistema legislativo permite la elección entre el sistema de copropiedad especial con indivisión forzosa regulado por la Ley y el régimen de interposición de una persona jurídica, con división de cuotas, partes o acciones, mediante las que se configura la titularidad y el goce sobre las partes privativas del inmueble.

La tesis dualista reconoce la existencia de un edificio único, pero distingue dentro de él la posibilidad de un triple objeto de derecho: cosas sobre las que recae la exclusiva propiedad de su due-



ño, cosas en comunidad cuya división es posible y cosas comunes en forzosa indivisión. Tal doctrina de la propiedad individual sobre las partes privativas y de una comunidad sobre los elementos comunes necesarios para su uso y disfrute, es la que indudablemente ha inspirado la última reforma legislativa española sobre propiedad horizontal pero la Comisión estima que la propia realidad de las cosas y la extirpación que implica respecto de importantes elementos del condominio -acción de división, derechos de adquisición preferente, subordinación sin sustantividad de los elementos comunes, inoperancia frente a terceros de la comunidad... plantean la necesidad en derecho constituyente, e incluso permiten la posibilidad en el constituido de hallar una solución más pragmática y operante, liberada de los esquemas tradicionales del condominio, apoyada sobre la idea sustantiva de la institución jurídica y enfocada hacia las soluciones prácticas aportadas por la función notarial con su correlativa depuración registral, sobre la base de la complejidad de la propiedad horizontal y su real configuración determinada por el edificio y sus partes como objeto de derecho". (44).

Hemos querido mantener la cita completa, por una parte por su densidad, y por la otra, para resaltar ahora sus puntos fundamentales y ver después si están de acuerdo con nuestra postura.

Los puntos fundamentales del Simposio pueden -- enunciarse de la siguiente forma:

1) Existen importantes obstáculos para considerar que lo que predomina en la propiedad horizontal es la copropiedad. Estos obstáculos se resumen en - que la regulación de la propiedad horizontal se aparta de la del condominio en los siguientes puntos: no existencia de derechos de preferente adquisición, - existencia de elementos que se disfrutan individualmente y disposición reservada al titular propietario.

2) Los anteriores obstáculos "plantean la necesidad en derecho constituyente, e incluso permiten la posibilidad en el constituido" (45) de hallar - una solución más pragmática apoyada sobre la idea - sustantiva de la institución jurídica.

3) En la propiedad horizontal el derecho constituído sobre los pisos tiene rango sustantivo y fundamental de derecho de propiedad, modalizado por la especial configuración de su objeto.

4) Dentro de la propiedad separada se integran las facultades comunitarias irrevocablemente unidas a la naturaleza de la propiedad horizontal, si bien con referencia, no a determinados elementos, sino a la copropiedad de todo el edificio.

5) El derecho del propietario tiene los caracteres de complejo interdependiente y funcional.

6) La doctrina de la propiedad individual sobre las partes privativas y comunidad sobre los elementos comunes es la que indudablemente ha inspirado - la Ley de Propiedad Horizontal.

b) Teorías monistas. - Consideran que lo esencial en la propiedad horizontal es la idea de copropie--dad. Esta tesis ha sido defendida brillantemente por Cámara (46) quien discrepa de las teorías "que al - pretender explicar la naturaleza jurídica de ese com

plejo instituto que es la propiedad horizontal pretenden independizarlo de la comunidad para concluir que en la propiedad horizontal cabe distinguir dos titularidades yuxtapuestas (sobre la parte privativa -derecho de propiedad- y sobre los elementos comunes -derecho de copropiedad-) o bien que se trata de una suma de propiedades especiales complejas, interdependientes y funcionales.

"Por mi parte, -continúa Cámara- ya he señalado que situar el centro de gravedad del instituto sobre el piso o parte privativa equivale a ignorar - que la insoslayable unidad del inmueble impone necesariamente una situación de comunidad que no se puede menospreciar, a no ser que se dejen sin explicación muchos de sus efectos y, lo que es peor se desatiendan aspectos de su necesaria organización corporativa, que es, cabalmente, como veremos más adelante, uno de los defectos más acusados de nuestro Derecho vigente. ¿Cómo puede reducirse a un sólo derecho el conjunto de facultades que ostente cada propietario -más o menos numerosas y diversas, según los casos- si concebimos que aquél tiene por objeto exclusivamente el piso, por muy interdependien

te, complejo y funcional que ese derecho sea?.

A mi modo de ver el derecho de cada copropietario se proyecta, sobre todo el edificio en su conjunto de igual modo que en cualquier caso de copropiedad el derecho de cada copropietario tiene por objeto toda la cosa común. Lo que acontece es que la concurrencia de varias titularidades dominicales sobre un mismo objeto impone a cada una limitaciones especiales, diversas de las que ha de soportar la propiedad en general. La particularidad de la propiedad horizontal consiste en la forma en que estas limitaciones se articulan. Al reservarse ciertas zonas del inmueble para su utilización particular por cada condueño, éste puede ejercitar respecto de las mismas la plenitud de las facultades que integran el derecho de dominio (aunque no sin ciertas restricciones derivadas por la convivencia que impone la ubicación de aquéllas dentro de un sólo inmueble), mientras - que sobre las restantes su posición, salvo la reserva de facultades especiales, a las que ya hemos aludido, se aproxima más a la de un condueño ordinario.

De otra parte, esta forma de disciplinar la que yo llamo concurrencia de titularidades dominicales ex plica y justifica dos cosas: Primera, la exclusión de la acción de división ... Y segunda, que cada departamento, con su necesario y obligado apéndice, participación en los elementos comunes, sea tratado, bajo - ciertos aspectos, como si fuese objeto de una propiedad independiente. La propia Ley de Propiedad Horizontal, a pesar de que su Exposición de Motivos proclama que "pretende llevar al máximo posible la individualización de la propiedad desde el punto de vista del objeto", refiere la idea de cuota no a los elementos comunes, sino al edificio en su conjunto, como resulta paladinamente de su artículo 3,b), y de la misma Exposición de Motivos, cuando dice que la cuota 'no es ya la participación en los anteriormente denominados elementos comunes, sino que expresa, activa y también pasivamente, como módulo para cargas, el valor proporcional del piso y cuanto a él se considera unido en el conjunto del inmueble, el cual, al mismo tiempo - que se divide física y jurídicamente en pisos o locales, se divide así, económicamente en fracciones o cuotas'.

Estas palabras, aunque otra cosa crea el legislador, se compadecen mal con el "propósito individualizador", porque admitir la existencia de una cuota proyectada sobre el edificio en su conjunto equivale a reconocer que todo él vive bajo el régimen de comunidad (aunque se trate, ciertamente, de una comuni--dad especial distinta de los otros tipos de comunidad). En suma, la cuota es siempre, en cualquier comunidad, el módulo que expresa activa y pasivamente la participación de cada comunero en los beneficios y en las cargas. Sólo una concepción errónea del fenómeno comunitario, por supuesto hoy superada, puede sostener técnica-mente que la cuota sea el "objeto del derecho de cada propietario", aunque por razones de comodidad en el - lenguaje vulgar, y aún en el jurídico, se "se objetivice" la cuota y se hable de ella como si fuese una parte de la cosa, de la cual se disfruta y se dispone como si efectivamente fuese un objeto jurídico".

El mismo Cámara, en el trabajo ya citado realizado conjuntamente con Garrido y Soto (47) ya apuntaba la opinión que después perfecciona en el trabajo - anteriormente citado, al afirmar que cada departamen- to, con su necesario y obligado apéndice, participa--

ción en los elementos comunes, es tratado como si fue se objeto de una propiedad independiente y que, como consecuencia, los actos de disposición de cada propietario, han de referirse siempre a su posición jurídica global dentro de la comunidad. Añaden los autores citados que la fragmentación de objeto y la consiguiente autonomía de los objetos parciales (es decir, de los pisos) es relativa, puesto que, sin perjuicio de dicha autonomía cada departamenro constituye una parte del "corpus unitus" que el edificio sigue siendo, y que sólo si se acepta que la propiedad horizontal es una forma especial de copropiedad, adquiere su cabal significado la afirmación de que el derecho de cada propietario es "complejo", "interdependiente" y - "funcional".

La argumentación de Cámara, se basa, por tanto, en los siguientes puntos fundamentales:

1) La unidad del inmueble impone necesariamente una situación de comunidad.

2) Ignorar dicha situación de comunidad supone



desatender aspectos de la necesaria organización cor  
porativa que supone la propiedad horizontal.

3) La idea de cuota -y esta argumentación es  
tremendamente sólida- está referida no a los elemen-  
tos comunes, sino al edificio en su conjunto.

Nuestra postura es sensiblemente acorde a lo  
expuesto por Cámara, por lo que hacemos nuestras las  
opiniones expuestas por el docto Notario y recogidas  
anteriormente. Y creemos que las mismas se pueden re  
forzar, si cabe, con otros argumentos, que exponemos  
a continuación.

El Primer Simposio sobre Propiedad Horizontal  
ve un importante obstáculo a la consideración de tal  
institución como un tipo especial de copropiedad en  
el hecho de que no exista derecho de retracto. Real-  
mente no parece que el obstáculo sea tan grave. El  
retracto de comuneros no es algo unido inexcusable-  
mente al concepto de copropiedad, y ejemplo de ello  
fueron las discusiones que se plantearon en los pri  
meros tiempos de la vigencia del Código Civil sobre  
si dicho retracto se aplicaba también a la copropieu

dad de cosas muebles, puesto que parece que lo que se quiso recoger en el Código fue algo sentido y practicado con anterioridad, no algo que se considerase con sustancial con la idea de copropiedad, y prueba de - que no se consideraba consustancial es la misma existencia de la discusión.

El retracto de comuneros no se establece, por tanto, porque sea una consecuencia obligada de la copropiedad, sino para lograr una determinada finalidad. En efecto, la copropiedad en general se considera como una situación inestable y fuente de problemas y litigios, por lo cual el legislador pretende facilitar al máximo los mecanismos jurídicos, para lograr que la copropiedad se convierta en una propiedad normal y corriente, es decir, de un sólo propietario. Pero es que en la propiedad horizontal lo que se pretende es justamente lo contrario, es decir, que, con objeto de solucionar el problema de la vivienda, lo - que se trata es precisamente que las distintas viviendas susceptibles de aprovechamiento independiente, sean de hecho aprovechadas independientemente, para que cada una de ellas solucione el problema de la vivienda a una familia distinta. Seria contradictorio con esta

idea mantener el retracto de comuneros ya que éste es un mecanismo poderoso que produciría precisamente lo que se quiere evitar: el que se fuera concentrando la propiedad de la total casa en pocas manos. Y esta idea del legislador es tan clara que incluso impone en las viviendas que se construyen con protección del Estado, como regla general, que cada beneficiario sea solo titular de una vivienda porque en verdad lo que se quiere es que cada familia tenga una vivienda, pero de alguna forma, para lograr esa finalidad a nivel nacional es preciso evitar (dentro de lo posible, claro está) que haya muchas personas que tengan más de una vivienda.

Es decir que, para el Simposio, si se hubiera querido configurar la propiedad horizontal como un tipo de copropiedad, hubiera debido establecerse el derecho de retracto. Llevando sus afirmaciones hasta sus últimas consecuencias resultaría que habría que decir que para solucionar racionalmente el problema de la vivienda (ya que parece indiscutible que la existencia del retracto agravaría el problema, dado además la tendencia que parece existir en la socie-

dad española a descartar la figura del arrendamiento como solución definitiva a dicho problema) es preciso configurar la propiedad horizontal dentro de los moldes jurídicos que propugna, lo cual parece, a todas luces, algo desproporcionado.

Pero, además, aunque se siguiera la idea de que el retracto de comuneros es algo derivado de alguna manera de la idea de copropiedad, ningún autor que mantenga la tesis denominada monista deja de afirmar que el tipo de copropiedad que supone la propiedad horizontal es una copropiedad especial, de modo que entonces el argumento resulta bastante débil, ya que una de las especialidades puede consistir, precisamente, en la ausencia del derecho de retracto.

La Exposición de Motivos de la Ley de Propie--dad Horizontal, no deja de reconocer esta primordial función del retracto, cuando dice: "en este propósi--to individualizador no hay que ver una preocupación dogmática y mucho menos la consagración de una ideología de signo individualista. Se trata de que no olvidando la ya aludida función social que cumple esta

institución cabe entender que el designio de simplificar y facilitar el régimen de la propiedad horizontal se realiza así de modo más satisfactorio. Con el alejamiento del sistema de la comunidad de bienes resulta ya no sólo congruente, sino tranquilizadora la expresa eliminación de los derechos de tanteo y retracto reconocidos, con ciertas peculiaridades, en la hasta ahora vigente redacción del mencionado artículo 396. Ahora bien: tampoco en este caso ha sido esa sola consideración técnica la que ha guiado a la Ley. Decisivo influjo (48) han ejercido tanto la notoria experiencia de que actualmente se ha hecho casi cláusula de estilo de exclusión de tales derechos como el pensamiento de que no se persigue aquí una concentración de la propiedad de los pisos o locales, sino, por el contrario su más amplia difusión".

Es verdad que en el anterior texto de la Exposición de Motivos se habla de "propósito individualizador", y de "alejamiento del sistema de la comunidad de bienes", afirmaciones que se realizan como consecuencia de las que se han hecho inmediatamente antes, y que parecen contrarias a las que venimos manteniendo.

do. Pero ya veremos después cómo se compaginan dichas afirmaciones con otras de la misma Exposición de Motivos y de la misma regulación de la Ley.

También para el Simposio, resulta un obstáculo para la consideración de la propiedad horizontal como tipo especial de la comunidad de bienes, la existencia de elementos que se disfrutan individualmente y el hecho de que la disposición se reserva exclusivamente al propietario del piso o local. Tales obstáculos serían realmente importantes si se afirmara que la propiedad horizontal es una comunidad de bienes sin más, pero no creemos que deban tener relevancia si la naturaleza que se predica de la institución es una comunidad de tipo especial en la que dichas particularidades no son sino consecuencias de la especialidad afirmada.

Dichos obstáculos, según el Simposio "plantean la necesidad en derecho constituyente, e incluso permiten la posibilidad en el constituido" de buscar otra solución. La misma forma de hacer la afirmación da a primera ~~vista~~ la impresión de que lo que se trata es

de utilizar aquel sistema interpretativo que rechazá**u**bamos al comienzo de este trabajo: es decir, mante**ne**ner una tés**is** y después tratar de adaptar la legisla**ci**ón a la tés**is** inicialmente mantenida; bástenos aho**ra** remitirnos a lo que dijimos anteriormente en mate**ria** de interpretación.

Mucho más consistentes parecen las afirmacio**ne**s de Cámara, que, después de recoger hemos resumido y que, cómo hemos dicho, suscribimos en su mayor par**te**. Parece, sin embargo que tales afirmaciones pueden encontrar un obstáculo en algunas expresiones de la Exposición de Motivos que veíamos anteriormente, y **sobre** todo en las siguientes: "El progresivo desenvolvimiento de la institución ha tendido principalmente a subrayar los perfiles que la independizan de la co**mu**nidad. La modificación que introdujo la Ley de 26 de Octubre de 1.939 en el texto del artículo 396 del Código Civil ya significó un avance en ese sentido, toda vez que reconoció la propiedad privativa o singular del piso o local, quedando la comunidad, como accesoria, circunscrita a lo que se ha venido llamando elementos comunes. La ley **que** recoge el material

preparado con ponderación y cuidado por la Comisión de códigos-, dando un paso más, pretende llevar al máximo posible la individualización de la propiedad desde el punto de vista del objeto. A tal fin, a este objeto de la relación, constituido por el piso o local, se incorpora el propio inmueble, sus pertenencias y -servicios. Mientras sobre el piso stricto sensu, o es espacio delimitado y de aprovechamiento independiente, el uso y disfrute son privativos, sobre el "inmueble", edificación, pertenencias y servicios -abstracción hecha de los particulares espacios- tales uso y disfrute han de ser, naturalmente, compartidos; pero uno y otros derechos, aunque distintos en su alcance, se reputan inseparablemente unidos, unidad que también se mantiene respecto de la facultad de disposición". No obstante, la afirmación de que la Ley "pretende -llevar al máximo posible la individualización de la propiedad desde el punto de vista del objeto" no debe ser considerada demasiado fuerte si el objeto no permite, como creemos, una gran individualización de la propiedad. Por otra parte, el legislador no parece tampoco convencido de que esa posible individualización sea muy grande, si, a continuación de las palabras antedichas, afirma: "con base en la misma



idea se regula el coeficiente o cuota, que no es ya la participación en lo anteriormente denominado elementos comunes, sino que expresa, activa y también pasivamente, como módulo para cargas, el valor proporcional del piso y cuanto a él se considera unido en el conjunto del inmueble, el cual, al mismo tiempo que se divide física y jurídicamente en pisos y locales, se divide así económicamente en fracciones o cuotas", ya que, efectivamente, referir las cuotas a la totalidad del inmueble es un argumento de enorme fuerza en favor de la tesis de la copropiedad, y más aún, si esa cuota se considera que será la que normalmente determine la participación en los gastos de la comunidad. El paralelismo entre esta construcción y el primer párrafo del artículo 393 del Código Civil, cuando dice que "el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas" es evidente.

También es favorable a esta interpretación que mantenemos la variación del concepto de elemento común que se produce al redactar la Ley de Propiedad Horizontal, y que hemos examinado en el capítulo II: ya veíamos entonces cómo elemento común era todo aquello

que no podía considerarse elemento privativo, cómo el - concepto de elemento común parece que es lo que predomina en la propiedad horizontal, con lo cual, evidentemente, se acentúan en la misma los rasgos comunitarios. Pero es que, además, hay que hacer notar que las palabras de la Exposición de Motivos que antes recogíamos y comentábamos, proceden literalmente del Preámbulo del Proyecto de Ley que, sin embargo, fué reformado en su texto en forma profunda; es decir, que la Ley, en su parte dispositiva, acentúa enormemente, con respecto al Proyecto, el caracter comunitario de la Propiedad horizontal, pero este cambio no se tiene presente en la Exposición de Motivos y en ella se dice lo mismo que se decía en el Preámbulo del Proyecto. Es indudable entonces que las afirmaciones de la Exposición de Motivos pierden - bastante fuerza.

Por otra parte, tampoco resulta tan contradictorio con la idea de copropiedad la idea de un uso distinto de ciertas partes o elementos. Hemos visto antes como el artículo 394 del Código Civil admite un uso de la cosa conforme a su destino.

Además, la acción de división que se proscribe

se predica no respecto de los elementos comunes, sino - del edificio total, de la situación total que regula la Ley.

También son argumentos importantes en favor de la consideración de la propiedad horizontal como una - institución en donde predominan los aspectos comunita- - rios la posibilidad de constituir hipoteca sobre la totalidad del edificio aunque pertenezca a distintos propietarios (49) y el último párrafo del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal al permitir que cuando el número de los propietarios de pisos o locales de un edificio no exceda de cuatro, puedan acogerse, si expresamente así lo establecen en los Estatutos, al régimen de administración del artículo 398 del Código Civil; y afirmar otra cosa parece, como afirma Cámara, desatender la importante organización corporativa de la propiedad horizontal, organización que la vida moderna demuestra que tiende a hacerse cada más más compleja.

Creemos que los argumentos en favor de que la propiedad horizontal, es un tipo especial de comunidad -sin que esta afirmación suponga desconocer ni minimizar las grandes especialidades que la institución tie-

ne con respecto a la comunidad en general, son de bastante más peso que los opuestos a dicha consideración y esta caracterización de la propiedad horizontal incide de forma importante, qué duda cabe, en la calificación del elemento procomunal como elemento común.

b) Propiedad horizontal y persona jurídica.-

No es ocioso plantearse el problema de si la propiedad horizontal es o debe ser una persona jurídica, ya que, en algunos ordenamientos jurídicos se configura la institución interponiendo una persona jurídica, y en nuestra doctrina se habla con frecuencia de que la organización de la propiedad horizontal tiene aspectos o matices de persona jurídica. Y el estudio de las relaciones entre la propiedad horizontal y la persona jurídica es muy importante ya que no cabe duda de que las facultades de los órganos de la propiedad horizontal se verían configurados de muy distinta manera si pensamos que la figura, al menos, se acerca a la de la persona jurídica.

Es bien conocida la enorme variación que ha sufrido la persona jurídica en el correr de los tiempos. La persona jurídica surge y se desarrolla en el campo

del derecho público por obra de romanistas y canonistas, y modernamente, de una forma ciertamente ficticia en muchos de sus aspectos, se traslada al campo del Derecho privado, entroncando dentro de él, principalmente, con el contrato de Sociedad.

Como dice Cossio (50) para los glosadores y legistas, como anteriormente para los juristas romanos, el problema fundamental de la "universitas" o "collegium", no era su patrimonio, sino su autonomía, o lo que es lo mismo su capacidad normativa y jurisdiccional: Se trataba de organizaciones humanas capaces de dotarse a sí mismas de su propio ordenamiento y de conseguir por sus propios medios, la realización de sus normas o estatutos.

Posteriormente, y como dice el citado autor, en la Escuela del derecho natural y en el derecho moderno cabe distinguir dos tendencias: Una de ellas de carácter centralista (Hobbes, Spinoza, Rousseau, Juste, Fichte, Kant), que sólo reconoce como corporación de derecho natural al Estado y a lo sumo a la familia, negando tal cualidad a todas las demás, que son sólo "societas arbitraria", las cuales deben su existencia

únicamente al derecho positivo siendo reducida su regulación a las normas privadas del contrato de sociedad. Otra segunda tendencia, en cambio, muy extendida por Alemania (Althusius, Leibniz) tiene un caracter en cierto modo federativo y reconoce sustantividad a alguno de esos entes colectivos menores, con lo que establece una verdadera jerarquía que funda en el derecho natural, y que responde a la situación política alemana, dividida en multitud de unidades políticas dispersas. Fue aque--lla tendencia centralista la que había de inspirar toda la legislación de la revolución francesa, y con ella - las normas de todas las legislaciones del grupo francés. A la segunda dirección en cambio, se adscriben las le--gislaciones del grupo germánico.

La legislación revolucionaria francesa -sigue diciendo Cossio-, mientras por una parte destruía la personalidad de los entes morales, declaraba y reconocía - por otra el derecho de asociación que aparecía como una de las libertades innatas del hombre y del ciudadano. La personalidad era un privilegio del Estado, la facultad de asociarse, un derecho natural.

Entonces, en el Derecho moderno, al producirse

su trasplante al derecho privado y desde el campo del derecho público del concepto de persona jurídica, y como dice el citado autor, se produce una confusión ya que no siempre se distingue entre la facultad estatutaria de la persona jurídica y el contrato de sociedad, puesto - que en aquella facultad no se trata de actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas, sino más bien de producción de verdaderas normas de Derecho objetivo, de valor general para todos los miembros del grupo.

Se ha producido entonces la deformación del concepto de persona jurídica pues como dice De Castro en - un magistral estudio sobre la materia (51) la concesión de la personalidad jurídica a las Sociedades Anónimas - pugna con la tradición, ya que nunca "autor alguno, ni el de más laxo criterio pudo pensar que mediante el contrato de sociedad sea posible crear una persona jurídica. Doctrina lógica, pues, para la técnica jurídica era y es indudable que: a) El contrato de sociedad crea una relación obligatoria, y como tal, dependiente de la voluntad de los socios; b) Que mediante el contrato de sociedad las aportaciones pueden tomar cierto caracter - unitario (patrimonio colectivo o comunidad en mano co--mún) que las separa del patrimonio personal de cada so-

cio, pero que no se independiza totalmente de la voluntad ni de los patrimonios de los socios, Había además otra razón, quizá más decisiva: la de que la doctrina, conforme a la tradición romanista, sólo consideraba personas a las entidades que tenían vida independiente de sus miembros y eran de interés público, "corpus" o - - "universitas", caracterizados internamente porque su - continuidad no dependía de la voluntad y existencia de sus miembros".

"Al calificarse -sigue diciendo el maestro De Castro- de persona jurídica a la Sociedad Anónima se - abandonó el sentido con que naciera el concepto de personalidad jurídica, identificándolo con el de capacidad, vaciándolo de contenido y haciéndolo en fin completamente inútil. Si se quiere utilizar la persona jurídica-como concepto técnico-, será preciso partir de que la sociedad no merece la consideración de persona jurídica.

Ampliado de esta forma el concepto de persona jurídica, y siguiendo este criterio extensivo llega - un momento, como dice el maestro De Castro (52) en - que "ya no es posible detenerse y, constantemente, se



señalan otras figuras jurídicas, que, con iguales razones, se piensan incluir entre las personas jurídicas ... De este modo, bajo el título de persona jurídica se con funden en heterogénea amalgama, con las corporaciones las universitates benorum, patrimonios colectivos y se parados y, horribile dictu, hasta con la copropiedad. Estirado de esta forma el término queda sin valor técnico y es natural que, en la doctrina, se vaya generalizando la tendencia a abandonar, como inútil y produc tor de confusiones, al mismo concepto de persona jurídica".

Vista esta tendencia a la deformación por ampliación del concepto de persona jurídica es preciso - abordar dos cuestiones: En primer lugar, si la propiedad horizontal debe tener personalidad jurídica, y en segundo, si la tiene en nuestro derecho.

En cuanto a la primera cuestión, no cabe olvidar, que, como dice De Castro (53), la figura de la - persona jurídica, como tantas otras del Derecho, tiene caracter instrumental; formas y nombre están al servicio de una finalidad que aquí es la de potenciar una - realidad social que merezca serlo.

Para atribuir correctamente la personalidad jurídica es preciso que exista sustrato de tal persona jurídica, es decir, unas condiciones esenciales sin las cuales no cabe, sin arbitrariedad, la atribución de personalidad. Por ello los autores clásicos estudiaban siempre la existencia de estas condiciones; lo que ocurre es que este estudio ha sido abandonado injustificadamente - por muchos autores modernos precisamente porque constataban la existencia de entidades a las que los ordenamientos jurídicos otorgaban la personalidad y que no reunían aquellas condiciones.

Y es que, en palabras de De Castro que compartimos plenamente "el empleo para nuevos cometidos de la persona jurídica lleva inmediatamente a que se retoque primero y se deforme al fin el concepto mismo de persona jurídica. Las notas consideradas antes esenciales, - las de carácter asociativo y del fin propio que trasciende el de los socios, han de abandonarse al ser estimadas como personas jurídicas las fundaciones, sociedades anónimas y personas jurídicas creadas para descentralizar la Administración.

Los autores, cuando trataban de la persona jurí

dica, cuidaban de señalar su especial substrato o los elementos esenciales que la determinaban o constituían. Esta doctrina no se compecece con las nuevas funciones a las que se arrastra a la persona jurídica, ni con el predicado hermetismo de la sociedad anónima. De ahí - que se haya ido abriendo paso en la doctrina una tendencia contraria a considerar el substrato de la persona jurídica. Se comienza afirmando que la personalidad como creación del Derecho objetivo solo requiere una cosa, el reconocimiento del Estado, para deducirse luego que ese substrato o supuesto de hecho es indiferente, innecesario, y calificarlo entonces de viejo prejuicio. Dirección que ultimamente se condensa en la fórmula, de que persona jurídica no es más que la 'expresión abreviada de una normativa'.

Estas ideas han influído, a su vez, en la legislación y en las decisiones de los tribunales, contribuyendo a que vaya perdiendo su antiguo sentido la calificación de persona jurídica.

El legislador que ha visto se le atribuye poder para convertir un ídolo en persona jurídica no dejará - de utilizarlo para investir a su comodidad de personalidad

dad jurídica a divisiones o subdivisiones, comisiones o subcomisiones de su máquina administrativa y para - llamarles institutos, asociaciones, sociedades anónimas y de responsabilidad limitada". (54).

Por tanto, parecen necesarias tres condiciones para una correcta atribución de la personalidad jurídica: caracter corporativo, un fin propio distinto de - las personas naturales que componen la persona jurídica y la existencia de unos bienes que integran el patriminio de tal persona jurídica. Dado que el caracter corporativo de la propiedad horizontal no plantea problemas, vamos a examinar los otros dos requisitos o condiciones.

Respecto del fin propio distinto del de las personas naturales que concurren en una propiedad horizontal, no parece que exista tal fin. En efecto: el único fin de la institución es la configuración de una comunidad en la cual precisamente lo único que se trata es que se consiga de la manera más correcta el aprovechamiento independiente de cada piso o local, sin que tal aprovechamiento, y dada la unidad del objeto, se interfiera en el ejercicio del mismo derecho por parte de -

los demás. Por tanto creemos que en la Propiedad Horizontal no existe más fin que el fin particular de cada uno de los partícipes, y lo único que se pretende es hacer compatible ese fin de cada partícipe, con el mismo derecho que tienen los demás.

La otra condición, es decir, la existencia de unos bienes que integren el patrimonio de la presunta persona jurídica es, si cabe, aún más extraño a la propiedad horizontal. En efecto, si su patrimonio viene constituído por el edificio ¿cual es entonces el objeto del derecho de cada uno de los partícipes?. Y si el patrimonio de dicha persona no es el edificio ¿cual sería entonces su patrimonio?.

Por ello parece no sólo distinto sino contrapuesto el caracter de persona jurídica con la existencia de una propiedad horizontal.

Por eso tiene razón el I Simposio Propiedad Horizontal cuando dice:

“La teoría de interposición de un ente colecti-

vo constituye una organización de la pluralidad de propietarios o tenedores de las distintas partes de un edificio, característica del Derecho anglosajón. Expone la Ponencia que la propiedad Horizontal tal como se plantea en las legislaciones continentales y latinas, no es completamente desconocida en la Common Law, citando el caso de las edificaciones construídas sobre inmuebles pertenecientes a Colegios de jurisconsultos, considerándose tales casos por los tratadistas como un experimento en la vida gregaria de los hombres, consistente en la aglutinación de un grupo de individuos con diversas personalidades y características que se imponen la tarea de vivir con armonía con una estrecha vinculación entre sí, asumiendo la responsabilidad colectiva de las áreas comunes y de los servicios que comparten; pero la forma característica de utilizar conjuntamente las diferentes partes de un edificio adopta en Derecho anglosajón el sistema de constitución de un ente colectivo, que se interpone entre la propiedad y el uso y disfrute de los apartamento o pisos bien mediante la figura de una cooperativa o de una sociedad o compañía. En tal supuesto, la propiedad del edificio corresponde

a la cooperativa o compañía y sus miembros devienen en ocupantes de las partes susceptibles de aprovechamiento separado, bien por título de arrendamiento o por el vehículo de la superficie, pactándose una - prestación simbólica (una libra o un dólar anual) - junto con reglamentaciones internas para la distribución de los gastos generales y de conservación, reparación o entretenimiento.

En nuestro derecho no cabe el funcionamiento del ente colectivo dentro del mecanismo de la propiedad horizontal, poniéndose de relieve en la deliberación sobre este tema los argumentos adversos que formula otra de las Ponencias (Tercera), que comparte esta Comisión, aunque sin descartar las construcciones doctrinales y prácticas que postulan el régimen societario para su aplicación a las urbanizaciones privadas y a los edificios destinados exclusivamente al aparcamiento de vehículos sin limitación física de - cada una de sus plazas, si bien, incluso en estos casos, se expone el criterio de precedente adhesión al sistema de propiedad horizontal, con las distintas - variantes de mayor o menor preponderancia de las ti-

tularidades dominicales o comunitarias. Llegándose a la conclusión de la posible construcción de un edificio cuyo dominio perteneciera a una sociedad, disfrutándose su uso por los socios de la misma, pero como situación complementaria ajena a la institución de la propiedad horizontal, existiendo en aquella una titularidad normal a favor de la sociedad en cuanto al dominio y en arrendamiento cualificado (en cuanto a los socios y en cuanto a la indeterminación de la merced) respecto del uso de las partes separadas, quedando sin resolver el extremo relativo al lucro social". (55).

De todo lo anterior se deduce, creemos que con claridad, que incluso "de lege ferenda" es inconveniente propugnar el otorgamiento de personalidad jurídica a la propiedad horizontal. En el fondo, la propiedad horizontal es, como hemos dicho antes, una comunidad de bienes, si bien de tipo especial. Como dice Cossío, en la persona jurídica existen relaciones de coordinación y de subordinación. Por ello "no se atribuye personalidad jurídica a ciertas formas de comunidad orgánica, como la familia,



ya que en ellas todas las relaciones se reducen a relaciones de subordinación, faltando por lo menos en nuestro Derecho relaciones familiares de coordinación propiamente dicha: ello no hace que se haga necesaria la creación de un ente sustantivo. Por la razón contraria se prescinde de la personificación de las comunidades de bienes, en las que faltan las relaciones de subordinación, traducéndose todo el complejo en nuevas relaciones coordinadoras: la creación de una personalidad en estos casos supondría el crear, innecesariamente, un régimen de subordinación entre los comuneros y la comunidad, que pugna con la esencia de la comunidad". (56).

Pasando al examen concreto de nuestro derecho positivo es claro e indiscutible que para que la propiedad horizontal fuera una persona jurídica habría falta que la Ley le concediera tal personalidad, ya que, tratándose de una Entidad de tipo asociativo y de interés particular, el número 2º del artículo 35 del Código Civil exige que a dicho tipo de Entidades "la Ley conceda personalidad pro-

pia, independiente de la de cada uno de los asociados" y está claro que la Ley no concede tal personalidad independiente.

Podría objetarse a todo ello que es indudable que, por voluntad de los partícipes se puede interponer un ente colectivo, vgr., una sociedad anónima; pero, en dicho supuesto, dejando ahora aparte las críticas que hemos visto pueden dirigirse contra la figura, dejaría de existir la propiedad horizontal como tal, pasando el edificio a ser objeto de una propiedad normal que integraría el patrimonio de dicha Sociedad y los en otro caso partícipes en la propiedad horizontal, a ser titulares de unas participaciones que atribuirían la cualidad de socio. Este es el mecanismo que como hemos visto, se suele utilizar en el derecho anglosajón, y no parece que sus resultados sean brillantes cuando se tiene que acudir a figuras de dudosa eficacia en nuestro derecho, como el arrendamiento por una cantidad simbólica; y decimos de dudosa eficacia porque, dado el carácter eminentemente causalista del Código, tal figura no podría calificarse de - contrato de arrendamiento (57).

Pero, además de todo ello, aunque el Derecho positivo atribuyera a la propiedad horizontal la personalidad jurídica esa atribución sería muy relativa, como ocurre siempre en el campo del Derecho privado, porque como dice Cossío, hay "dos aspectos perfectamente diferenciados de la personalidad jurídica: una personalidad interior, fundada en la autonomía, elaborada en el campo del derecho público, y una personalidad exterior, fundada en la titularidad, fruto de la técnica del derecho privado. Solamente cuando ambos elementos se reúnen en un determinado ente colectivo puede afirmarse que existe una auténtica personalidad colectiva, esto es, una entidad que absorbe la individualidad de sus miembros sometiéndoles al régimen de su autonomía, comportándose frente a los terceros como auténtico sujeto de derechos y deberes; cuando falta uno de esos elementos, nos encontramos ante una personalidad incompleta. Por tal razón son incompletas las entidades de derecho privado, unas veces, como en el caso de la familia, porque les falta personalidad exterior, y otras, como en la sociedad, porque carecen de per

sonalidad interna. Por otra parte, es frecuente - que se presenten casos de personalidad interna embrionaria o de personalidad externa incompleta; - ejemplo de los primeros lo ofrece la Sociedad Anónima, y de los segundos la regular colectiva y la Comanditaria.

De lo dicho se sigue que cuando en derecho - privado atribuímos la personalidad jurídica, lo único que hacemos es atribuirle la titularidad formal o personalidad externa. Queda siempre en pie la - cuestión de determinar en cada caso concreto hasta qué punto a esa personalidad exterior reconocida - corresponde también una personalidad interior; y en qué medida existe un complejo de relaciones de coordinación y subordinación propiamente orgánico y superior a la voluntad de los individuos que integran la organización, pudiendo atribuirse a la misma, junto a la titularidad, la autonomía.

Y todo ello porque la atribución de personalidad jurídica "que era en un principio meramente instrumental y secundario, se convierte en sus-

tantivo y frente a la persona jurídica perfecta, que supone al mismo tiempo autonomía y patrimonio, coordinación y subordinación internas y responsabilidad exterior, surge la personalidad de derecho privado, que, según la feliz expresión de Affolter (Zur Leher von der Gesellschaft), - tiene tan solo personalidad "hacia afuera", pero no personalidad hacia adentro" (58).

El problema de si se debía atribuir personalidad jurídica a la propiedad horizontal se planteó en la redacción de la Ley,

La enmienda número trece, propugnada por Arce-negui Carmona y otros, proponía que al artículo 10 del Proyecto, antecedente del artículo 12 de la - Ley, dedicado a enumerar los órganos de la propiedad horizontal, se añadiera un párrafo que dijera: "La Junta de copropietarios tendrá personalidad jurídica para el cumplimiento de los fines propios de la misma. La inscripción en el Registro de la Propiedad de los Estatutos de la Comunidad producirá el efecto de dotarle de dicha personalidad." -

Tal propuesta se basaba en que "tomados los acuerdos por la Junta, la eficacia de los mismos en caso de que deba ser exigida judicialmente lleva consigo comparecen en juicio con representación de todos los copropietarios ya que no siendo persona jurídica la Comunidad no se puede actuar a nombre de ella sino a nombre de las personas que la integran".

"Exactamente igual -sigue diciendo los enmendantes- acontece a la inversa cuando se pretende demandar a la comunidad. Para obviar este inconveniente creemos que debe darse rango de persona jurídica a la Comunidad a los solos efectos de los actos y contratos que tal Comunidad entraña, ya entre sí ya con relación a terceras personas".

"La práctica muestra -añaden- que por ejemplo la Organización Sindical ha dado cauce a la creación de personas jurídicas con la inscripción en los libros de la Delegación Nacional de Sindicatos, de Hermandades, Gremios, Sindicatos, Locales, etc.". A nuevas necesidades jurídicas

- terminan- creemos que deben establecerse las me  
didas para cubrir tal necesidad".

El informe de la Ponencia dice respecto de di-  
cha enmienda: "No se recoge la enmienda 13 porque  
extrema la nota de personalidad jurídica que en -  
punto a la actuación ya está suficientemente afirmada".

Y el discurso de Batlle en el Pleno de las -  
Cortes afirma: "en cuanto a la propuesta de atri-  
buir personalidad jurídica a las Juntas de Propieta  
rios, pareció un principio demasiado radical.  
La Ley reconoce a los individuos, y no al grupo,  
el goce y disposición de las cosas y que el Pre-  
sidente represente al conjunto de propietarios  
para ejercitar los derechos o cumplir las obligaci  
ones comunes, no es afirmar una persona jurídica;  
los actos del Presidente dentro de la esfera  
de su poder, afectan a todos y cada uno de los -  
propietarios, pero subrayamos que no hay derechos  
atribuídos a un organismo superior e independien-  
te".

Parere claro, por todo lo dicho, no solo que nuestro Derecho positivo no otorga a la Propiedad Horizontal la personalidad jurídica, sino - que, además no es conveniente, de lege ferenda tal otorgamiento.

Y ello es así, a pesar de que existen dos aspectos de los que "prima facie" podría afirmarse que, al menos, recuerdan la existencia de vestigios de persona jurídica, y que podrían llevar a la conclusión de que en la Propiedad Horizontal existe una medio -persona, o una persona de capacidad negocial limitada, ya que, como dice Cossio (59), la realidad contradictoria de las personas jurídicas ha llevado a los autores a pensar que, entre los grupos desprovistos de personalidad y aquellos otros que ya la poseen plenamente, deben establecerse una serie de situaciones intermedias, y así la doctrina viene hablando de sociedades - sin capacidad jurídica, de personas parciales, de medio personas, de personas de capacidad negocial limitada, de personas en la relación interna, de personas relativas, etc. No obstante, y sin entrar



en el problema de la exactitud de estas apreciaciones, creemos que tales aspectos pueden quedar perfectamente explicados sin acudir a la idea de la persona jurídica. Dichos aspectos son, por una parte la facultad estatutaria y, por otra, el poder de representación que legalmente se atribuye al Presidente.

Respecto a la facultad estatutaria, no cabe duda de que la Comunidad de Propietarios la tiene, pero, si ya en las personas jurídicas de Derecho Privado resulta difícil delimitar qué es contrato y que es auto-normación, no cabe duda de que en la Propiedad Horizontal, al menos en nuestro Derecho, el hecho de que no exista una voluntad ajena que se impone al que no está conforme, ya que el establecimiento y modificación de los estatutos requieren la unanimidad, esta delimitación o separación resulta imposible. Por otra parte, el que el tercero que adquiere un piso venga obligado al cumplimiento de los Estatutos puede explicarse perfectamente acudiendo a la figura del contrato de adhesión, al que tal adquirente prestaría su con-

sentimiento por el sólo hecho de adquirir un piso o local. Además, no parece que la existencia de un Estatuto sea algo contradictorio con la regulación normal o general de la Comunidad de bienes en nuestro Código Civil; y, en definitiva, existen ejemplos de organizaciones con facultad estatutaria que carecen de personalidad jurídica.

Respecto a la representación del Presidente y, en general, la existencia de unos órganos, tampoco traen como consecuencia la existencia de algún grado de personificación, puesto que, como bien ha demostrado Cámara, si bien es cierto que la existencia de dichos órganos y del poder de representación del Presidente, dan pie para hablar de la existencia de representación orgánica no lo es menos que no cabe circunscribir tal tipo de representación al ámbito de la persona jurídica.

Dice Cámara que "al discurrir sobre la índole de la representación de que se halla investido el Presidente, parece que nos aproximamos a la que comunmente se llama representación orgáni-

ca". "No es del caso -sigue diciendo- que nos detengamos a estudiar si quien ostenta la condición de órgano con facultades representativas es o no un verdadero representante. Lo que importa subrayar es que la representación orgánica se encuentra a caballo entre la representación legal y la representación voluntaria. Lo que caracteriza y tipifica la representación orgánica, es de una parte, que el representante lo nombran y lo separan los propios interesados (con lo cual la figura se distancia de la representación legal sensu strictu) y de otra que la representación se confiere para la mejor coordinación de los intereses colectivos de un grupo de personas de modo tal - que, como dice Muller Freienfels ("Die vertretung beins Rechtsgeschäft", páginas 41 y 42), los representados, mientras dura la representación, no pueden ejercitar aquellas facultades que integran la competencia que han atribuído al representante, el cual se convierte así en órgano de expresión - de su voluntad (de aquí el parecido de la representación orgánica con la representación legal).

Esta forma elástica de concebir la representación orgánica permite aplicar el concepto fuera de su campo de actuación normal, que es la persona jurídica.

Pues bien, si se acepta que representación orgánica y persona jurídica no son instituciones rigurosamente vinculadas entre sí, parece que no habría inconveniente en considerar al Presidente como un representante orgánico de los copropietarios, o, si se quiere como dice la misma Ley, que por una vez puede haberse olvidado de su ideología pluralista, de la comunidad. Pero acontece que la propia Ley, de un lado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por otro, se han encargado de debilitar el presumible carácter orgánico de la representación del Presidente". (60).

Y, para terminar no cabe olvidar que, como dice acertadamente Cossío (61) no es suficiente atribuir la personalidad jurídica para resolver con ello todos los problemas que puede suscitar su actuación unitaria en el campo del derecho, -

sino que es preciso en cada caso determinar cual sea el contenido a tal personalidad. No toda forma de asociación determina necesariamente el nacimiento de una personalidad jurídica colectiva. La técnica ha arbitrado diferentes medios para la consecución de tal finalidad; el fidecomiso romano, la "gemeinderschaft zur gesamnten Hand", del derecho germánico, el "trust" de derecho anglosajón, son ejemplos que nos demuestran como puede llegarse al logro de tales fines sin necesidad de acudir a una verdadera personificación.

Y es que, como dice el maestro De Castro, respecto de la atribución de personalidad, una cosa será cuando se usa respecto de organizaciones, cuya independencia activa y pasiva merece que sea reconocida su personalidad, y otra cuando el rótulo de persona jurídica se aprovecha para encubrir combinaciones inconfesables (por ejemplo, pseudo-sociedades) o cuando se utiliza por laxitud técnica (62).

d) El elemento procomunal como "tertium genus"

Parece seguir esta posición el I Simposio sobre Propiedad Horizontal (63) al decir:

"Sobre la base de la distinción de los elementos comunes en esenciales y convencionales y en funciones de interpretación del artículo 4° de la Ley de Propiedad Horizontal, ha surgido en la doctrina la construcción jurídica de los llamados "departamentos procomunales", que, por la propia vitalidad de la materia tantas veces aludida, ha traído inmediata repercusión en los planteamientos prácticos de la propiedad horizontal.

La Tercera Comisión del Simposio, atenta como todas al más amplio examen de las cuestiones que la práctica jurídica plantea en la propiedad horizontal, expone su criterio sobre este punto partiendo de la elemental y clara distinción entre el departamento privativo, cuya finalidad está en su uso singular y exclusivo, y el elemento común, que se configura como tal por su propia dedicación al servicio general; combinando tal distinción, presidida por la idea de destino, con la clasifi-

cación de los elementos comunes, se llega conceptual y pragmáticamente al departamento procomunal, en el sentido de que cualquier elemento o dependencia de un edificio que no constituya elementos común esencial por su naturaleza, puede constituirse en proindivisión, excluyendo la acción communi dividundo, cuando tal propiedad se haya establecido de intento -como situación convencional de destino- para el servicio o utilidad común de todos los propietarios.

En estos términos, la Comisión considera como elemento o departamento procomunal aquél que se halla integrado en una propiedad horizontal, que corresponde a varios titulares en proindivisión y que se constituye como tal voluntariamente en interés de todos y con la consecuente eliminación de la acción de división y del mecanismo de los derechos de adquisición preferente.

Exponiendo con detalle los requisitos y circunstancias relativos a que debe tratarse de un departamento independiente, cuota de participa-

ción incluída; en comunidad o proindivisión de varios titulares, sosteniéndose por la Comisión la posibilidad de que no pertenezca a la totalidad de los propietarios, pero excluyendo de su titularidad a personas ajenas al edificio en que se integra; así como considerando dudosa la aplicación de esta modalidad a cualquier otro derecho que no sea el de propiedad sobre elementos determinados físicamente; terminando la exposición de las características del departamento procomunal con el examen de conexión de la titularidad con la propiedad de las partes privativas y con las modalidades a que puede dar lugar el requisito de su constitución como tal departamento por la voluntad expresa o tácita de los propietarios y con el fin de servicio o utilidad -en sus múltiples aspectos- de todos ellos.

En cuanto a la naturaleza, constitución, efecto, administración, disposición, renuncia y extinción de los departamentos procomunales, la Comisión expone los siguientes criterios: Dentro



de la propiedad horizontal, constituye una figura intermedia entre la unidad privativa y la pertenencia común guardando cierta semejanza con los elementos comunes accidentales de los que se diferencia por la voluntad de los interesados y, en definitiva, por la necesaria fijación de la cuota. Su constitución debe regirse por los requisitos de establecimiento o modificación del régimen de propiedad horizontal. Entre sus efectos, aparte de los dependientes de la voluntad constitutiva, destaca la Comisión la inexistencia de la acción de división y la eliminación de los derechos de tanteo y retracto en los supuestos de disposición de las partes privativas a las que está adscrita -ob rem causa- la titularidad sobre el departamento procomunal. Respecto de su administración y disposición estima la Comisión que, por la naturaleza especial de esta figura, encuadrada en el régimen de propiedad horizontal, sobre las previsiones del Código Civil en materia de condominio, deben prevalecer las disposiciones de la Ley de propiedad hori-

zontal, dedicando una atención especial al supuesto de transmisión de partes procomunales, cuyo destino sea, precisamente, el de su enajenación, en cuyo caso se admite por la Ponencia el pacto estatutario de venta por acuerdo de la mayoría que se establezca, siendo necesario en todas las demás hipótesis el consentimiento unánime de los copropietarios, por aplicación del artículo 16, primero, de la Ley de Propiedad Horizontal en materia de aprobación o modificación del título constitutivo o de las normas estatutarias. La Comisión finaliza su exposición sobre los departamentos procomunales considerando irrenunciable la titularidad sobre los mismos por su conexión ob rem con las partes privativas y examinando los distintos supuestos de extinción por cumplimiento de su finalidad funcional, por transcurso del tiempo pactado, por desaparición de la propiedad horizontal y por simple voluntad de los propietarios, bien con el carácter unánime como norma general, o bien por la mayoría excepcional prevista estatutariamente".

No coincidimos con la postura del Simposio, en primer lugar, porque no nos parece que haya base en la Ley de Propiedad Horizontal para hablar de una figura intermedia entre el elemento privativo y el elemento común. Es más, la letra de la Ley es claramente contraria a la existencia de tal figura intermedia. Como hemos visto anteriormente al tratar de la primacía del elemento común, el artículo 3 de la Ley distingue el derecho de propiedad singular y exclusivo sobre el piso o local, y la copropiedad de los restantes elementos; y, por su parte, el artículo - 396 del Código Civil sigue la misma idea. Por eso decíamos que elemento común es todo lo que no haya sido configurado con el caracter de elemento privativo. Dice el Simposio que el elemento procomunal guarda cierta semejanza con los - elementos comunes accidentales, "de los que se diferencia -añade- por la voluntad de los interesados y, en definitiva por la necesaria fijación de la cuota", Es decir, que después de señalar el evidente paralelismo entre el elemento procomunal y el elemento común accidental señala

dos diferencias entre ambas: la voluntad de los interesados y la necesaria atribución de su cuota.

En cuanto a la primera diferencia, no cabe duda de que si la voluntad de los interesados es muy importante no lo es tanto como para, en contra de la Ley, hacer una nueva categoría de elementos, categoría a la cual se le va a atribuir la consecuencia de la no aplicación de normas de caracter imperativo. Si la Ley distingue dos clases de elementos -y solo dos- los privativos y los comunes, para, como consecuencia, atribuir a cada clase de elementos régimen jurídico distinto, muchas de cuyas normas tienen el caracter de derecho necesario, no cabe, por voluntad de los interesados, crear un tercer genero de elementos, como no cabe atribuir el caracter de elemento privativo a una parte del edificio que no goce de las características necesarias para serlo.

Por lo que se refiere a la segunda de las

diferencias entre el elemento común accidental y el elemento procomunal, es decir, la necesaria atribución de la cuota, que se predica de éste, se trata de una evidente petición de principio, ya que, resulta claro que tendrá cuota si es - elemento privativo y no lo tendrá si se trata - de un elemento común; la atribución de cuota será una consecuencia de haber predicado la naturaleza de elemento privativo, pero nunca, la causa de tal calificación.

Por lo que se refiere al régimen jurídico que se predica de elemento o departamento procomunal, estudiaremos más adelante las conclusiones del Simposio.

e) Autonomía de la voluntad en la calificación del elemento procomunal.-

Hemos visto anteriormente cómo la voluntad de los interesados, o, dicho de otra forma, la autonomía de la voluntad, se utilizaba para afirmar que el elemento procomunal es un "tertium genus" entre el elemento común y el elemento privativo.

Pues bien, dentro de la problemática de la autonomía de la voluntad en esta materia, cabe plantearse el problema de si, por voluntad de los particulares, puede el elemento procomunal, sin perder su naturaleza y características ser configurado como elemento privativo o como elemento común.

No creemos que ésto sea posible. En primer lugar, no cabe olvidar que la Ley de Propiedad Horizontal tiene un "talante" de norma imperativa. Son numerosos los preceptos de la misma que tienen el carácter de "ius cogens". Este caracter, además, se revela de forma palmaria al comparar, como ha hecho la doctrina (64) la distinta prelación de Fuentes que existe en el Código Civil entre el artículo 392 párrafo 2º, referente a la comunidad de bienes y el artículo 396, párrafo último, relativo a la propiedad horizontal. En efecto, el primero de ellos viene a establecer, respecto a la comunidad ordinaria la siguiente prelación de ~~F~~<sup>F</sup>uentes: en primer lugar, lo que los interesados convengan, y,

en segundo las disposiciones legales del título III. El segundo de los artículos citados, por el contrario, establece en su último párrafo: "Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales, y en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados": luego por la voluntad de los interesados se rige la Propiedad Horizontal, sólomente en lo que las disposiciones especiales referentes a este tipo de propiedad, permiten, es decir, que el orden de prelación que se establece es - justamente el contrario que el establecido para la comunidad ordinaria.

Este carácter de derecho necesario de la Ley de Propiedad Horizontal ha sido resaltado por la Jurisprudencia. Así la sentencia de 10 de Mayo de 1.965 afirma "que" la Ley 21 de Julio de 1.960 da nueva redacción al artículo 396 del Código Civil, destacando en el actual y vigente - ordenamiento positivo su carácter de derecho necesario al preceptuar que esta forma de propie-

dad se rige por las disposiciones legales especiales, y solo en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados".

Además, no se puede olvidar que, siendo una de las finalidades esenciales del elemento procomunal la de evitar la posibilidad del ejercicio de la "actio communi dividundo", institución de claro carácter imperativo, se ha de tratar a toda costa que dicha eliminación se aplique sólo a la institución contemplada; si se permitiera a los particulares la calificación de elemento procomunal a un elemento privativo, estaríamos aplicando la excepción a una norma imperativa a un supuesto que estaría fuera del específicamente querido por el legislador.

Creemos, en consecuencia que podrá opinarse, con mayor o menor acierto, que el elemento procomunal es un elemento común o un elemento privativo, pero lo que no cabe es pensar que, por voluntad de los particulares, pueda ser una



u otra cosa. Por eso discrepamos de la opinión de Cámara, Garrido y Soto (65) cuando afirman que, al no expresar la Ley de Propiedad Horizontal si el elemento procomunal ha de pertenecer a los propietarios en la misma proporción que los elementos comunes, ni si debe tener cuota, ni tampoco si su propiedad es inherente a la de los departamentos ordinarios, quedan los interesados en libertad para que configuren sus derechos sobre el departamento procomunal en la forma que mejor les plazca.

f) Notas determinantes del concepto de elemento procomunal.-

De todo lo que hemos dicho anteriormente, creemos que podemos señalar como notas del elemento procomunal las siguientes:

- 1) El elemento procomunal es un elemento común.
- 2) Se trata de un elemento común accidental.

En ningún caso puede el elemento procomunal ser un elemento común esencial, puesto que su caracterización nace exclusivamente por la voluntad de los propietarios. Ahora bien: hay que hacer aquí una precisión: hemos visto anteriormente que un elemento común esencial puede admitir un uso complementario distinto de su finalidad como elemento común, y sin perjuicio de que ese elemento siga sirviendo para su finalidad esencial, y ponía-mos el ejemplo, que se dá con una cierta frecuencia en la práctica, del patio de luces, que sin perjuicio de esta finalidad, podría ser utilizado para otros menesteres. Pues bien: como nada impide que la utilización para esos otros menesteres sea cedida en for-ma onerosa, cabe decir en este sentido, que el elemento procomunal puede recaer sobre la utilización complementaria de un elemento común esencial. En ese sentido entonces -pero sólo en ese sentido- podría hablarse de un elemento procomunal que fuera al mismo tiem-

po un elemento común esencial. No obstante, creemos que, incluso en este supuesto, no se debe afirmar que el elemento procomunal pueda ser un elemento común esencial ya que, en el aprovechamiento que se cede, tal elemento común no es esencial.

3) Es un elemento común que presta un servicio a la comunidad de propietarios; por ser un elemento común pertenece a la totalidad de los propietarios, ya que hemos visto que no existen en nuestro derecho elementos comunes parciales; ahora bien, el uso puede ser parcial en el sentido de que no tengan derecho al mismo todos los copropietarios; de la misma forma, cuando la finalidad que se persigue con el mismo es obtener una contraprestación por la cesión de su uso -normalmente para sufragar con la misma determinados gastos de la comunidad-, si los gastos a los que estatutariamente se dirige tal contraprestación son gastos que no corresponden afrontar a todos,

sino sólo aparte de los partícipes pueda hablarse de elemento común de uso o servicio parcial. Por lo tanto el elemento procomunal es un elemento común que puede ser de uso o servicio total o parcial.

4) La copropiedad del elemento procomunal es como la de los demás elementos comunes una copropiedad romana que se diferencia de la copropiedad romana ordinaria en las dos características esenciales que diferencian de ésta la copropiedad de los elementos comunes: la indivisibilidad y la ausencia de los derechos de preferente adquisición. Su titularidad viene determinada "ob rem", por la titularidad de un elemento privativo y la proporción en que los partícipes en la propiedad horizontal son copropietarios en el elemento procomunal viene determinado por la cuota de participación que corresponde a cada elemento privativo.

Como es obvio, el concepto y naturaleza que predicamos del elemento procomunal traen como consecuencia que dicho elemento tenga -- unas características especiales, y acarreen la existencia, respecto del mismo, de un régimen jurídico peculiar. A continuación vamos a estudiar tales características y tal régimen.

## V CARACTERISTICAS

## V CARACTERISTICAS

- A) El titular del elemento procomunal.- Respecto al titular del elemento procomunal se plantean dos problemas esenciales: el primero es el de si los titulares del elemento procomunal deben ser todos partícipes en la propiedad horizontal, o , - por el contrario pueden estar excluidos de dicha titularidad algunos partícipes; el segundo, si, bién "ad initio", bién durante la vida del elemento procomunal, puede ser titular de una cuota indivisa sobre el mismo una persona que sea ajena a la Propiedad Horizontal.

A primera vista, el artículo 4º de la Ley de Propiedad Horizontal, al hablar de "proindivisión establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios" parece aludir a que los partícipes en el elemento procomunal son todos los partícipes de la Propiedad Horizontal; en efecto, si la característica esencial es que la proindivisión se ha establecido de intento para el servicio o utilidad común para todos -

los propietarios, es que todos los propietarios (puesto que, como veremos después, la expresión "todos los propietarios" se refiere a todos los partícipes en la propiedad horizontal) son partícipes en el elemento procomunal, ya que, si hay algunos que no lo sean, ¿qué utilidad puede acarrear para ellos la indivisión?.

En este sentido se pronunciaron los primeros comentaristas de la Ley .Fernández Martín-Granizo (66) afirma que el artículo 4º de la Ley supone una excepción a la regla general de que - los pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente son de propiedad exclusiva.

Para que tal excepción tenga lugar -dice el citado autor- son necesarios los siguientes - requisitos o condiciones:

1º) Que el piso o local se mantenga proindiviso.

2º) Que el sujeto activo de esta proindi-



visión lo sean todos los propietarios singulares del edificio.

3º) Que dicha proindivisión haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad de todos los propietarios referidos.

Cámara se plantea el problema y admite, si bien de forma muy cauta que los partícipes - del elemento procomunal pueden ser personas ajenas a la Comunidad de Propietarios. "Sostener - dice el citado autor- que la cotitularidad sobre el departamento procomunal está ligado ob rem a la titularidad sobre otra parte privativa, supone de antemano excluir que se puede ingresar en la comunidad mediante la adquisición únicamente de la cuota sobre dicho departamento. A su vez, si se exige que el cotitular del departamento - procomunal sea, además y previamente titular de un departamento privativo, ello excluye la posibilidad de disposición separada sobre la cuota o participación en el primero, con lo que, indirectamente, dicha cuota queda configurada como una

titularidad subjetivamente real. El hecho de que el artículo 4º se refiera al dato de que la proindivisión haya sido establecida en "interés de todos los propietarios" inclina el ánimo a favor de esta solución. Con todo, cabe imaginar que el interés de los propietarios, que justifica la exclusión de la acción de división, lo refiramos a los condóminos del departamento procomunal y no a la generalidad de los propietarios del inmueble, puesto que se admite por los partidarios de la teoría de la titularidad ob rem que el departamento procomunal no pertenezca a todos los copropietarios.

En la duda, y aún reconociendo que el tema es opinable, yo me he inclinado (cfr.: "Modalidades en la Constitución.....cit. pág. 62) a favor de un criterio abierto, en el sentido de que a través del título constitutivo es admisible configurar las titularidades sobre el departamento procomunal como titularidades ob rem (como es lo - frecuente en la práctica) o como titularidades - independientes. En todo caso, será necesario que el propio título especifique el carácter procomu

nal del departamento, explicando que se establece la proindivisión en interés de todos los propietarios bien sean todos los propietarios del inmueble, bien algunos, bien los que sólo lo -- sean del departamento, si se admite, esta posibilidad". (67)

Por su parte, el I Simposio sobre -- Propiedad Horizontal también sigue la postura -- de que el elemento procomunal puede pertenecer a varios, pero no a todos, los partícipes, si -- bien niega que puedan ser titulares del mismo -- personas ajenas a la Comunidad. "Debe tratarse --dice- de un departamento independiente, con características descriptivas semejantes a las partes privativas, cuota de participación incluida; en comunidad o proindiviso de varios titulares, sosteniéndose por la Comisión la posibilidad de que no pertenezca a la totalidad de los propietarios, pero excluyendo de su titularidad a personas ajenas al edificio en que se integra" (68). Afirma después el Simposio que existe vinculación ob rem entre los pisos y las participacio-

nes proindiviso en el elemento procomunal.

Marcos Jiménez (69) no sólo estima que los dueños del elemento procomunal pueden ser sólo una parte de los titulares de la Propiedad Horizontal, sino que, además, niega la conexión o inherencia de la cotitularidad del elemento procomunal con la titularidad de otro piso o local del edificio. "Si, como yo defiendo -afirma-, el elemento procomunal es un departamento privativo con la única especialidad -- esencial de su indivisión indefinida, la suerte de dicho departamento correrá el mismo camino - que cualquier piso o local y, por tanto, su disposición podrá hacerse a favor de cualquier persona. El adquirente de la respectiva participación en el departamento procomunal pasará a formar parte de la Propiedad Horizontal con idénticos derechos y deberes que si hubiera adquirido una participación indivisa en un piso o local, respetando el pacto de indivisión en las relaciones con los cotitulares del elemento procomunal".

Sapena Tomás se plantea también los dos problemas que anunciábamos al comienzo de este capítulo. Consecuente con su teoría sobre la naturaleza jurídica del elemento procomunal afirma:

"Lo que ya no es tan fácil de dilucidar es si ha de pertenecer a todos los condueños o puede corresponder sólo a alguno de ellos, y si su titularidad depende o no, en su existencia y monto, de la titularidad de los pisos o locales.

En cuanto al primer punto, no hay obstáculo legal para que los condueños no sean todos los del inmueble. Pues para sujetarlo a su imperio al artículo 4º de la Ley de Propiedad Horizontal le basta con que exista la proindivisión, sin exigir que ésta sea total, ya que al hablar del "servicio o utilidad de todos los propietarios" textualmente se refiere a los propietarios proindiviso de este piso o local. En cambio, dada la dicción del artículo 396 C.C. y

del artículo 3º de la Ley de Propiedad Horizontal, la corpropiedad de los elementos comunes - debiera ser total, es decir de todos los dueños de pisos o locales, por lo que si aún en este supuesto de dependencia más íntima la práctica ha consagrado los elementos comunes particulares o especiales de un grupo de departamentos, incluso produciéndose una titularidad subvenida y diferenciada en cuanto esta adscripción entra en juego para fijar la cuota-valor de los pisos o locales a los que sirven, con mayor razón podemos abogar por la posibilidad de que los departamentos prócomunales pertenezcan a parte y no a todos los condueños del edificio.

Respecto al segundo punto -interdependencia o conexión de la titularidad del departamento procomunal con la de los pisos o locales- también nos pronunciamos por la solución de resultados positivos, entendiendo por tal la que - los deja en la mayor libertad para su configuración, pudiendo o no imponer aquélla y por lo tanto o bien que la cuota en el departamento procomunal sea aneja e inseparable de la titularidad

de un piso o local como titularidad ob rem, o bien configurarla con absoluta independencia, de tal modo que aunque en su principio estén subjetivamente unidas por pertenecer a un mismo titular, nada impide que luego sigan cursos separados. Es más, en muchos casos, cuando lo que se persigue es la utilidad económica por vía de renta o venta y para compensar o afrontar el costo de la construcción, la titularidad separada será esencial a fin de que este resarcimiento se produzca para el constructor y no en favor de los posteriores condueños del edificio, pues si necesariamente aquél ha de transmitir el piso con la cuota del departamento procomunal puede dificultarse la venta, con el consiguiente perjuicio económico para el vendedor, - que con sus condóminos dió vida al departamento procomunal". (70)

Como vemos, los autores que admiten que los titulares del elemento procomunal puedan no ser partícipes en la Propiedad Horizontal lo hacen con distinta intensidad. Cámara reconoce -

que el hecho de que el artículo 4º se refiera a que la proindivisión haya sido establecida en interés -- de todos los propietarios inclina el ánimo a favor de la solución de que ha de tratarse de partícipes en la Propiedad Horizontal, aunque después añade -- que cabe imaginar que el interés de los propietarios que justifica la exclusión de la acción de división lo refiramos a los condóminos del elemento o departamento procomunal. Ahora bien, el único argumento que da Cámara en favor de sus tesis es el de la duda puesto que, ni en el trabajo citado ni en "Modalidades -- en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana" al que se remite, aporta, ningún argumento más. Por eso, dada la solidez habitual en sus argumentaciones, la afirmación es tan cauta y de alguna forma se da cuenta que se está forzando el -- texto legal cuando habla de que "cabe imaginar" que la afirmación del artículo 4º "la refiramos" a los -- condóminos del elemento procomunal.

En cuanto al problema de si el elemento -- procomunal puede no ser de todos los partícipes en -- la Propiedad Horizontal, Cámara se muestra todavía --



más dubitativo, puesto que afirma que habrá de hacerse constar, al constituir el régimen, que se establece la proindivisión "en interés de todos los propietarios, bien sean todos los propietarios del inmueble, bien alguno, bien los que sólo lo sean del departamento si se admite esta posibilidad".

El I Simposio sobre Propiedad Horizontal - afirma, como hemos visto, que el elemento procomunal - puede no pertenecer a todos los partícipes, pero niega que puedan ser titulares del mismo personas ajenas a la Comunidad, sin embargo, por la propia naturaleza del Acta que citamos, no se nos dan argumentos para defender las conclusiones.

Marcos Jiménez apunta, en las palabras que recogemos, una idea que, indudablemente tiene gran interés: que los problemas que estamos examinando no son más que una consecuencia de la naturaleza que se atribuya al elemento procomunal. Por eso, para él no existe problema, puesto que el elemento procomunal no es más que un piso o local cuya única especialidad es su indivisión indefinida. A ello cabría objetar: ¿cuál es

la particularidad de ese piso o local que los copropietarios del mismo pueden hacer lo que no puede hacer ningún otro copropietario, es decir, mantener -- forzosamente a los demás en la comunidad y sin límite de tiempo? ¿En que se diferencia, a este respecto, la copropiedad de un piso en propiedad horizontal -- con la copropiedad de otro inmueble, v.gr.: de un -- chalet, que es copropiedad normal a la que no cabe -- aplicar el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal? Ya hemos dichos antes que, "de puertas a dentro" del piso o local, la Ley de Propiedad Horizontal no tiene nada que regir, por eso la copropiedad de un -- piso o local sin más, es una copropiedad ordinaria, y por eso a este tipo de copropiedad no se refiere la Ley de Propiedad Horizontal.

Sapena también se plantea las dos cuestiones con que iniciamos este capítulo. Comienza afirmando que no hay obstáculo legal para que los condueños no sean todos los del inmueble, puesto que al hablar la Ley - del servicio o utilidad común de todos los propietarios textualmente se refiere a los del piso o local. Modestamente opinamos -en este sentido como Cámara- que

precisamente a lo que inclina la lectura del texto es a lo contrario, a entender que al hablarse de todos los propietarios (los términos "común" y "de todos" parecen expresivos), se está refiriendo a todos los partícipes en la Propiedad Horizontal. En pura jurisprudencia de intereses no acabamos de ver porqué se ha de proteger jurídicamente el interés de los copropietarios de un piso o local en imponerse la indivisión perpetua, y justamente el interés que se protege en todos los demás casos de copropietarios es el contrario, el interés de salir de la comunidad, el interés individual o individualista. Sapena apela -- también en ayuda de su tesis a la idea de los elementos comunes parciales, que, ya hemos dicho anteriormente, no creemos estén admitidos en nuestro Derecho.

Se apoya también Sapena en que la práctica ha consagrado la figura de los elementos comunes parciales. Ya hemos visto anteriormente cómo -a nuestro entender- no caben en nuestro Derecho tales elementos comunes; en todo caso no parece argumento convincente el hecho de que la práctica haya admitido su existencia ya que, en el fondo, toda la problemática de los

elementos procomunales es -como hemos visto- el que la práctica se ha apoyado en un texto legal no muy claro para llegar a soluciones que exceden de tal - texto: por tanto, el hecho de que la práctica haya llegado a soluciones que exceden del texto legal no parece argumento de fuerza para aplicar soluciones análogas a otros problemas: habría que demostrar -- primero que, al llegar la práctica a admitir los elementos comunes parciales, ha actuado interpretando - correctamente la Ley.

En cuanto a la vinculación entre el elemento procomunal y los elementos privativos, hemos visto como Sapena deja a las partes en libertad para construir el elemento procomunal de forma que pueda o no existir tal vinculación. Ahora bien, el citado autor distingue al plantearse el problema de si desde el momento de su constitución, puede el elemento procomunal pertenecer a personas que no sean partícipes en la Propiedad Horizontal. Dice así:

"Siguiendo esta línea ¿cabría adscribir ab -  
initio la titularidad de los departamento comunales

a personas distintas de los propietarios de los diversos pisos o locales?. Creo que no, porque si --  
bién las soluciones antes propuestas pueden llevarnos en el futuro a la misma separación, con ellas los departamentos procomunales cumplen su fin de -  
servicio o utilidad para los condueños del edifi--  
cio, cosa que aquí no sucedería en ningún caso, como vamos a ver.

Puede tratarse de la construcción por una persona o varias proindiviso, con posterior constitución del edificio en régimen de propiedad hori--  
zontal, para la venta de sus pisos o locales, en -  
cuyo caso la disociación de producirse será necesariamente a posteriori, porque antes no cabe. Y en el caso de construcción en comunidad especial, es decir, de la comunidad de constructores que lo hacen en propiedad horizontal, adscribir ab initio la titularidad de los departamentos procomunales a personas distintas de los dueños de pisos o locales no puede tener otra finalidad que la de entrega anticipada del piso o local enajenado o la de compensar lo que la comunidad haya de pagarles, posibili-

tando por este medio y en beneficio de los adquiren-  
tes los pactos, de otro modo inefectivos, de indivi-  
sión sine die y de disposición por mayoría. Creo --  
que esta finalidad no puede ampararse en el precep-  
to que estudiamos, pues el departamento procomunal  
es un tutium genus a mitad camino entre el piso o -  
local y el elemento común, por ello necesariamente  
situado, aunque sólo sea ab initio, dentro de la ór-  
bita de los titulares de unos y otros, es decir, de  
los propios condueños del edificio. De presentarse  
este supuesto de departamento que en comunidad per-  
teneciera a personas distintas de los titulares de  
pisos o locales no creo que en buenadoctrina quepa  
otra solución que la de considerarlo como un piso o  
local más, pues si se le configura como departamen-  
to procomunal lo será en fraude de Ley al no atender  
a las finalidades para cuyo logro la misma lo permi-  
te, encubriendo otras distintas.

En definitiva, el departamento procomunal  
ha de pertenecer en principio, lo que se exterioriza  
al declarar la obra nueva del edificio, a dueños de -  
pisos o locales, sin precisar que sea a todos ellos,

pudiendo después, por el camino de distintas trans misiones, separarse ambas titularidades.

Pero que pueda ser así no quiere decir que necesariamente lo sea: cabe que el departamento procomunal pertenezca a todos los condueños del edificio, que las cuotas en su proindivisión sean proporcionales a las de los pisos y locales y que sea inseparable la titularidad de unas y otros, en adscripción ob rem. Y así conviene, y así se plasma y configura, en muchos casos, en uso de la libertad que para su regulación existe" (71).

No comprendo porqué se puede mantener que ab initio el elemento procomunal no puede pertenecer a personas ajenas a la comunidad, pero posteriormente si puede pasar a dichas personas. En efecto: lo realmente característico del elemento procomunal es la existencia de una proindivisión respecto de la --cual existe la imposibilidad del ejercicio de la -- "actio communi dividundo". Y esta imposibilidad del ejercicio de tal acción se debe a la existencia de una causa: la de que solamente con tal indivisibili-

dad perpetua puede el elemento procomunal prestar un "servicio o utilidad común" a " todos los propietarios". Pues bien, si los propietarios a cuyo servicio está el elemento procomunal son, como dice Sapena, sólomente los copropietarios de tal elemento y no los partícipes en la Propiedad Horizontal. ¿qué obstáculo puede haber para que sean partícipes de aquél, desde el principio, personas ajenas a la Comunidad de Propietarios?. Si la indivisión tiene que ser perpetua ¿por qué las personas a la que sirve tal indivisión no pueden ser desde el principio las mismas personas a las que tal indivisión va a servir en lo sucesivo? ¿o es que en un principio la indivisión sirve a los partícipes en la Propiedad Horizontal y después sólomente a los comuneros del elemento procomunal?.

Como decia antes, la indivisibilidad -- del elemento procomunal se debe a un servicio que presta a determinadas personas. Sólomente ese servicio en favor de esas personas justifica la indivisibilidad. No creo que pueda mantenerse el mismo efecto (la indivisibilidad) cambiando los bene



ficiarios del servicio (que en un principio serían los partícipes en la Propiedad Horizontal, y después, sólomente, los del elemento procomunal).

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en la Resolución de 20 de Diciembre de 1973, ha abordado la cuestión de si el elemento procomunal puede pertenecer a personas ajenas a la Comunidad de Propietarios, si bien la Dirección -- aborda el problema de una forma indirecta, ya que, como hemos visto anteriormente, se trataba de un garaje configurado como elemento procomunal en el cual para evitar la transmisión a extraños se estableció una prohibición o limitación a la facultad de disponer. Planteado el problema sobre la inscribibilidad de la cláusula, la Dirección afirma que "aquellas limitaciones que, saliendo al paso de un abusivo ejercicio de los derechos de los titulares de viviendas, prohíben la transmisión de este derecho procomunal con independencia de la correspondiente titularidad de propietarios a que está vinculado no hacen sino reiterar una limitación institucional (72) del régimen de la propiedad especial

por pisos, según lo proclamado por el último párrafo del artículo 3 de la Ley, y en el mismo sentido el artículo 4 in fine, al negar la acción divisoria, y en este sentido no se atenta con ello al fundamental principio de libertad de disposición del artículo -- 348 del Código Civil, ni se está ante uno de los supuestos que el artículo 27 de la Ley Hipotecaria impide su acceso al Registro".

Creo que, en el fondo, la Dirección esta manteniendo lo mismo que en este trabajo afirmamos. Esta claro que la Dirección no se podía pronunciar sobre cuestiones que no se abordaban, y entre éstas cuestiones que no se abordaban en el recurso está la naturaleza jurídica del elemento procomunal y, por lo tanto, la necesidad o no de que tal elemento careciera de cuota. Ahora bien, la Dirección afirma - que la vinculación entre el elemento procomunal y - los pisos o locales es una limitación institucional, es decir, que la inseparabilidad entre ambos se deriva de su propia naturaleza. Pues bien, si nos encontramos con un elemento que pertenece pro indiviso a los partícipes en la propiedad horizontal, y en el

cual la cuota que se posee proindiviso no es negociable ni susceptible de tráfico jurídico alguno - con separación del piso o local al que dicha cuota está adscrita, en el fondo nos hallamos ante la figura de un elemento común, que, por su propia naturaleza, es un elemento común accidental o por destino. No cabe olvidar que, al ser tal inseparabilidad de carácter institucional, la misma se produce aunque no se haya hecho constar así en los Estatutos. Ahora bien: si en los Estatutos no se ha hecho constar la inseparabilidad, y sin embargo ésta existe, es porque el piso o local constituido como elemento procomunal tiene algún elemento que lo diferencia claramente de un piso o local normal que se posee proindiviso: este elemento diferenciador no - puede ser otro que el de su calificación en el título constitutivo del régimen como elemento común.

Esta impresión que nos da la doctrina de la Dirección General de los Registros viene corroborada por que la misma se apoya, como argumento básico, en el último párrafo del artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal. Se establece en dicho párrafo que "cada

propietario puede libremente disponer de su derecho, sin poder separar los elementos que lo integran y sin que la transmisión del disfrute afecte a las obligaciones derivadas de este régimen de - propiedad". Es decir, que el propietario puede disponer de su derecho pero en esta disposición tiene un límite: el de no poder separar los elementos que integran tal derecho. Y ¿cuáles son tales elementos?: pues los que el mismo artículo ha enumerado inmediatamente antes: el derecho singular y exclusivo sobre el elemento privativo, por una parte, y la copropiedad sobre los elementos comunes que - la propiedad del elemento privativo trae aneja, por otra. Si la Dirección afirma, por lo tanto, que el elemento privativo es institucionalmente inseparable de la cuota en el elemento procomunal, y lo es porque el artículo 3 declara inseparables los elementos privativos y la cuota en los elementos comunes, indirectamente la Dirección está afirmando que el elemento procomunal es un elemento común.

Decíamos anteriormente que la respuesta a los dos problemas que nos planteábamos al principio de este capítulo venía determinada por la respuesta

que se hubiera dado al problema de la naturaleza jurídica del elemento procomunal. Hemos dicho también que, para nosotros, el elemento procomunal es un -- elemento común accidental o por destino. Pues bién: de su carácter de elemento común dependerá la respuesta a los problemas sobre su titular.

1) Hemos dicho, al hablar de los elementos comunes, que no existen en nuestro Derecho elementos comunes parciales. En consecuencia, si el elemento procomunal es un elemento común, serán partícipes de tal elemento todos los copropietarios que integran la Propiedad Horizontal. Esta afirmación, que deriva primariamente de la calificación del elemento procomunal como elemento común, viene reforzada por la tajante expresión del artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal al cualificar lo que la doctrina llama elemento o departamento procomunal como aquél cuya proindivisión ha sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios.

2) De la misma forma, el carácter de ele-

mento común que tiene el elemento procomunal, acarrea otra consecuencia clara: no pueden ser partícipes en el elemento procomunal los que no sean -- partícipes en la Propiedad Horizontal. La titularidad de elemento procomunal viene ligada inexorablemente a la cualidad de titular de un piso o local, y se es titular del elemento procomunal en la proporción que resulta de la cuota de participación. Como aplicaba al elemento procomunal la Resolución de 20 de Diciembre de 1973, el titular del elemento procomunal es un titular "ob rem", como consecuencia de que el artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal establece que cada propietario puede libremente disponer de su derecho, pero sin poder separar los elementos que lo integran. No cabe, por tanto, la negociabilidad sobre el elemento procomunal, como no cabe sobre los restantes elementos comunes, con separación de cada piso o local, porque, como establece el párrafo segundo del artículo 396 del C.C., "las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente en la parte determinada privativa de la que son anejo in-

separable".

Por tanto, en esta materia basta aplicar la doctrina general sobre los elementos comunes. - Ahora bien, como hemos visto anteriormente, si bien todos los elementos comunes son totales, es decir, pertenecen a la totalidad de los propietarios, cabe que existan elementos comunes de uso o servicio parcial. Aplicando esta doctrina al problema del elemento procomunal, cabe que nos hagamos la siguiente pregunta: ¿cabe que el elemento procomunal preste - servicio a parte, pero no a todos los partícipes en la Propiedad Horizontal? ¿cabe, por tanto, que utilicen dicho elemento o perciban la contraprestación correspondiente a la cesión de un uso solamente algunos de los partícipes, por haberse así establecido en los Estatutos?.

En principio la respuesta parece que debería ser afirmativa. En efecto: si el elemento procomunal es un elemento común, podrá aplicarse a - - aquél, en principio, lo que se diga respecto de éste. En principio, por tanto, podría ser que el ele--

mento procomunal prestase beneficio sólo a algunos de los partícipes en la Propiedad Horizontal.

Sin embargo, nos encontramos aquí con un importante escollo: el artículo 4º de la Ley, tan repetido, nos habla de que la proindivisión que caracteriza al elemento procomunal está establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios y hemos visto como la Ley parece referirse aquí a los partícipes en la Propiedad Horizontal, no a los copartícipes en el elemento -- procomunal.

Parece, por tanto, que la Ley de Propiedad Horizontal no admite que el elemento procomunal preste un servicio o utilidad sólo a algunos de los partícipes en la Propiedad Horizontal. Sin embargo, creemos que puede ser así. En el caso del elemento procomunal que se destina a la utilización directa por los partícipes en la Propiedad Horizontal, porque la misma configuración de tal elemento puede venir determinando que sea útil o conveniente su utilización sólo para una parte de los partícipes; no cabe



olvidar que se dan en la Propiedad Horizontal, en la mayoría de los casos, dos grupos de partícipes con rasgos totalmente diferenciados, necesidades distintas, y utilización diversa de los elementos y servicios comunes: aquellos que tienen salida - directa a la vía pública -en los que el elemento privativo es frecuentemente un local comercial- y aquellos que tienen salida a un elemento común. Por otra parte, cuando el elemento procomunal se destina a obtener una ganancia, procedente de la cesión de su uso, lo normal es que estatutariamente se determine que tal ganancia se destine a pagar determinados gastos de la comunidad. Pues bien, - si a tales gastos (v. gr.; los de portería o ascensor), no tienen porqué concurrir los dueños de elementos privativos que no los utilizan, en la forma que hemos visto anteriormente, en el fondo, el elemento procomunal presta servicio sólo a parte de los copropietarios.

¿Cómo compaginar lo anterior con la exigencia de la Ley de que la indivisión vaya en beneficio de todos los copropietarios? Por una parte,

cabe pensar que la expresión "todos los propietarios" es equivalente a la expresión "la comunidad", y, en este sentido, parece que un elemento procomunal de uso o servicio parcial beneficia a toda la comunidad, aunque tal beneficio pase por el servicio a sólo parte de los copropietarios.

Por otra parte, cuando se trata -que, no - olvidemos, es el supuesto en que primeramente pensó el legislador para conceptuar el elemento procomunal- del elemento destinado a obtener una ganancia con que pagar determinados gastos, aunque tales gastos correspondiera satisfacerlos sólo a algunos de los partícipes, parece más claro aún que, de alguna manera, también se beneficia toda la comunidad.

En efecto, cuando hemos hablado anteriormente de la contribución al gasto del elemento común de uso parcial hablábamos sólo de la contribución al gasto, es decir, presuponiendo que tal gasto ha sido satisfecho por la Comunidad de Propietarios; se trataba de dar respuesta al problema de en qué forma tales gastos han de ser repartidos entre los copartícipes;

es decir, se trataba de un problema de relaciones internas entre los copropietarios.

Ahora bien, "ad extra", los gastos que cause cualquier elemento común son exigibles a to dos los copropietarios, sin que afecte a los terceros que contratan con la comunidad o que resultan acreedores de la misma por responsabilidad ex tracontractual la forma en que "ad intra" deba -- contribuirse al gasto. Tal afirmación nos parece segura, a pesar de que la Ley no se pronuncia sobre el particular; en efecto, los dos artículos - de la misma que se refieren a la obligación de pa gar los gastos, se refieren únicamente a lo que - hemos llamado la "contribución al gasto", es de-- cir, a la forma en que los copropietarios han de responder frente a la comunidad de los gastos rea lizados por ésta, pero no a las relaciones entre los copropietarios y los terceros.

Que la Ley se refiere sólo a las relaciones entre los copropietarios y la Comunidad pa rece claro. El artículo 9 dice: "Serán obligaciones

de cada propietario....Quinta. Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, - sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización". E inmediatamente después añade: "Al pago de estos gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente estará afecto al piso o local, - cualquiera que fuere su propietario actual y el título de su adquisición, siendo este crédito a favor de la comunidad de propietarios preferente a cualquier otro, sin perjuicio de las responsabilidades personales procedentes".

Y decimos que el precepto se refiere sólo a las relaciones internas por las siguientes razones:

1) Se habla de "contribuir", expresión que parece indicar un aportara algo común, que en este caso serían los gastos.

2) Pero, sobre todo, porque el segundo pá--

rrafo del número quinto citado establece una preferencia para el pago del credito originado por el gasto, preferencia que, como claramente se expresa, está establecida en favor de la Comunidad: luego es dicha comunidad a la que se está contemplando como -- acreedor.

3) Además, basta un exámen del artículo 9 en sus restantes números para ver con claridad como las obligaciones que establece son obligaciones de -- cada copropietario para con la comunidad.

En efecto, dicho artículo 9 establece:

"Serán obligaciones de cada propietario.

Primera.- Respetar las instalaciones generales o en provecho de otro propietario incluidas en su piso.

Segunda.- Mantener en buen estado de conservación su propio piso e instalaciones privativas, en términos que no perjudiquen a la comunidad o a --

los otros propietarios, resarcando los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por quienes debe responder.

Tercera.- Consentir en su piso las reparaciones que exija el servicio del inmueble, y permitir en él las servidumbres imprescindibles - requeridas por la creación de servicios comunes - de interés general, acordadas por las cuatro quintas partes de los propietarios en las condiciones previstas en el artículo siguiente, teniendo derecho a que la comunidad le resarza los daños y perjuicios.

Cuarta.- Permitir la entrada en su piso o local a los efectos prevenidos en los tres apartados anteriores.

Quinta.- .....

Sexta.- Observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares, y responder ante éstos de las infrac

ciones cometidas por el que ocupe su piso, sin perjuicio de las acciones directas que procedan.

Para la aplicación de las reglas prece--  
dentes se reputarán generales los gastos que no sean imputables a uno o a varios pisos, sin que la no utilización de un servicio exima del cumplimiento de -- las obligaciones correspondientes".

Como se ve, las obligaciones que se establece son todas las obligaciones para con los restantes propietarios.

Por su parte, el artículo 20 de la Ley desarrolla el 9º anteriormente expuesto, pero manteniéndose siempre en la perspectiva de las relaciones internas de la comunidad, al decir que "las obligaciones a que se refiere el número quinto del artículo - 9º serán cumplidas por el que tenga la titularidad - del piso o local, en el tiempo y forma determinados por la junta. Si no lo hiciere, será requerido de pago en forma fehaciente, y de no verificar éste en el plazo de quince días, se le podrá exigir por vía ju-

dicial".

La afirmación de que "ad extra" los gastos son exigibles a todos los copropietarios ha sido sentada también por la jurisprudencia. Es importante a este respecto la sentencia de 6 de Junio de 1968. Se trata de un supuesto de culpa extracontractual por mal funcionamiento de un ascensor que produce lesiones. La sentencia recurrida condena a la comunidad de propietarios al pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Se recurre alegando que ciertos locales estaban exentos del pago en los gastos de ascensor, por lo cual debían estar también exentos del pago de la indemnización. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso, declarando, entre otras cosas, que "Si los dueños de los locales están exentos de los gastos derivados del ascensor ..... ello no afecta para nada a la obligación de pago impuesta a dicha comunidad y si a las relaciones internas de ésta, a la que es ajena la víctima del accidente".

Volviendo entonces al elemento procomunal



si la rentabilidad que produce está destinada a satisfacer gastos de los que están exentos determinados pisos o locales, resultará que, es verdad, estará prestando primordialmente un servicio a los titulares de los pisos que deben contribuir a tal gasto, pero también estará prestando un servicio o utilidad común a todos los propietarios consistente en servir para sufragar un gasto del que todos los propietarios responden.

Aquellos autores que estiman que el elemento procomunal es un elemento privativo se esfuerzan por resaltar las características que hacen que tal elemento se diferencie de los demás pisos o locales. En efecto, configurado así el elemento procomunal, tal elemento aparecerá siempre en el Registro como un piso o local más, pero sus características deberán constar claramente para evitar su confusión con los restantes elementos privativos; por otra parte, siendo un elemento de esta clase, en el momento en que cesen tales características, se convertirá automáticamente en un piso o local más, sin ninguna diferencia de los restantes. Así, Sapena (73) afirma:

"Según la Ley, se trata de una proindivisión" establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios. Luego no se cumple en los casos en que la proindivisión presta-se tal servicio o utilidad, pero no se hubiere establecido a tal fin, así el sótano indiviso que luego se destina a garaje de la casa; ni tampoco cuando, cuando, adrede fijada, es decir, con el propósito - de mantenerla más allá del límite temporal impuesto por el Código, no lo fuere para el servicio o utilidad común.

Que se establezca de intento requiere un pacto especial por el que se acuerde mantener la proindivisión sine die, incluso por vía indirecta, como lo será la de indicar que se trata de un departamento sujeto a lo que dispone el artículo 4º de la Ley o de una proindivisión amparada por el mismo. Pero, de un modo u otro se precisa la constancia expresa - precisamente -y esto es muy importante- en los Estatutos que regulan la propiedad del edificio. Pues si la Ley permite un nuevo tipo de comunidad, que escapa a los moldes romanistas del Código, lo hace aten-

diendo a una forma especial de propiedad del inmueble del que la cosa común forma parte, luego si la configuración de esta propiedad sólo cabe en un molde -el de los Estatutos- en él se debe contener la regulación especial del piso o local posibilitada por la Ley tan sólo en propiedad horizontal.

En cuanto a que por ella se preste un servicio o utilidad común, es materia tanto de constancia formal como de existencia continuada. Expresamente debe resultar de los Estatutos que la proindivisión se establece para el servicio o utilidad, ya sea así, directamente, ya lo fuere de modo indirecto al remitirse a la norma legal, bastando tanto la expresión concreta del fin como la referencia general al servicio o utilidad común. Lo que no puede admitirse es que resulte que la proindivisión se establezca sin finalidad superior alguna, sino simplemente como burladero ante las normas del Código.

Por otra parte, si bien para que la indivisión se entienda establecida de intento basta con la voluntad concorde en un momento determinado, aunque -

luego la conformidad desapareciere, en cuanto a la prestación del servicio o utilidad no es suficiente el acuerdo inicial, sino que ha de tener una realidad continuada. Se trata de una exigencia -- permanente por su propia esencia, ya que de no -- ser así se permitiría la sujeción de voluntades -- para un fin no querido, aunque de buena fé deje -- de cumplirse, o, lo que es más grave, se facilitaría en grado sumo el fraudem legis mediante prontas revocaciones de lo acordado sobre el destino del departamento procomunal.

Múltiples son los problemas que la dicción legal puede plantear. Bastará ahora exponer los siguientes:

1º.- La proindivisión puede establecerse sine die o para un plazo determinado, pues la Ley no previene ninguno, incluso por plazo fijo si es -- que en él puede obtenerse el servicio o utilidad perseguido, cual sería la de lograr una renta compensatoria hasta extinguir el préstamo que se obtuvo para la construcción. Si bién es cierto que si el pla

zo no es superior a diez años no habrá por qué consignarlo en este precepto en cuanto el artículo 400 C.c. le confiere viabilidad.

2º.- Los propietarios -todos los propieta  
rios- para cuyo servicio o utilidad común se puede establecer la indivisión son los del propio departamento procomunal y no los de todo el edificio. Pues así resulta de su estricta interpretación gramatical, ya que hemos de dar al plural igual significado que en el mismo párrafo se da del singular mencionándolo como propietario proindiviso sobre un piso o local - determinado. Propietarios que han de ser condueños - del edificio, pero que pueden no serlo todos, como - antes queda dicho.

3º.- De lo expuesto resulta que cuando deja de prestarse el servicio o utilidad para el cual fué establecida, desaparece la causa de la proindivisión, cesando los efectos del pacto que la supone, - pues pierde su amparo legal. Lo que en la práctica, si no se ha expresado un fin determinado, será muchas veces difícil de dilucidar, pues mientras de todos -

sea en principio a todos sirve o para todos es útil. Pero cuando se ha concretado el servicio o utilidad no puede admitirse su sustitución, ya que esto implica que ha desaparecido aquél, causa y soporte de la proindivisión. En cuanto al cambio por pacto, tratándose de una regla que por su rango estatutario afecta a todo el inmueble, sólo podrá hacerse si estuviese previsto en los Estatutos o cuando para su modificación se cumplieren las exigencias legales, singularmente la aprobación de todos los condueños del edificio.

4º.- Si el departamento se vende a una sola persona, entendemos que han cesado para siempre los efectos de la regla de indivisión, por extinguirse ésta, sin posibilidad de resucitarla, pues la regulación se fijó para conservar lo que ya no existe; la nueva proindivisión requerirá una nueva normativa con el carácter de modificación estatutaria.

Si se venden las cuotas, es decir, si se sustituyen los titulares, creemos que como no cesa la proindivisión tampoco mueren las razones que jus-

tifican su obligada subsistencia. Mientras exista uno de los comuneros iniciales no puede afectarle la sustitución de los demás, en alteración de su derecho a mantener la proindivisión. Pero aunque todos lo fueren no por ello se altera el servicio, si efectivamente perdura (garaje, por ejemplo) ni siquiera la utilidad, de la que el transmitente ha obtenido un anticipo (venta de la cuota del local en proindivisión para obtener renta), cediendo su posición al adquirente a cambio de ella. Exceptuándose la transmisión que implica el agotamiento de la utilidad (local destinado a venta), aunque por el número de adquirentes continuare en comunidad".

En el mismo sentido, Marcos Jiménez (74) al considerar al elemento procomunal como un elemento privativo, estima que con la cesación de su finalidad, pasa a ser un piso o local ordinario y sometido, por tanto, al régimen común.

Para nosotros, al configurar el elemento procomunal como un elemento común, desaparecen automáticamente todos los anteriores problemas: en efecu

to el servicio que el elemento procomunal presta a todos los propietarios y para el cual ha sido configurado intencionadamente ("de intento"), -- tiene su reflejo en su calificación de elemento procomunal, esto es, de elemento común, y seguirá teniendo tal característica mientras no se -- produzca la correspondiente modificación estatutaria que la haga cesar.

- B) El elemento procomunal ¿debe tener cuota?.- En principio es lógico que el problema de si el elemento procomunal debe o no tener cuota de participación, sea una consecuencia de la postura que se tiene respecto de su naturaleza: en efecto, -- si se predica de él la naturaleza de elemento -- privativo, se llegará a la conclusión de que debe tener cuota de participación; por el contrario, si se estima que el elemento procomunal es un elemento común habrá que concluir afirmando que no -- debe tener tal cuota.

Así Sapena (75), afirma:

"Si el elemento procomunal es, como sos



tenemos, un departamento del edificio diferenciado de los demás, un piso o local susceptible de aprovechamiento independiente objeto de propiedad separada, lo será con todas sus consecuencias. Una de ellas la necesidad de su descripción en el título constitutivo con los requisitos fijados en la Ley de Propiedad Horizontal y por la legislación registral, entre las cuales tiene especial relieve la cuota-valor. En realidad ¿debe ser así?.

En contra, partiendo de la analogía entre departamento procomunal y elemento común, pudiera sostenerse que esta fijación no procede en cuanto la cuota no es otra cosa que la concreción de las reglas para el reparto de los gastos, si no hay nada especialmente establecido (artículo 9, 5º, Ley de Propiedad Horizontal), gastos que deben ser soportados por las propiedades privativas y no por las comunes, pues, por el contrario, las cargas de éstas son las que deben repercutir sobre aquéllas y para la distribución de los beneficios, indemnizaciones o cualquier otra compensación (venta del edificio en ruinas, del solar, del derecho de suelo o de partes segregadas de aquél, indemnizaciones por siniestro

etc.), no se precisa, ya que corresponderán a los condueños en función del valor de su parte privativa y no del valor de los elementos y departamentos comunes, que a todos pertenecerían por razón de --aquélla, llegando por tal camino al mismo resultado.

No lo acepto así, simplemente porque no lo dice así la Ley que ha dado vida y, por tanto, conferido carácter al departamento procomunal. Pues si se trata de un piso o local lo será con todas - sus consecuencias, entre ellas la fijación de la - cuota-valor de la que carecen los elementos comunes. Pero además hay otras razones que abundan a nuestro favor y que a la vez enervan la viabilidad de cualquier solución híbrida, como esta de describirlos y configurarlos como pisos o locales sin señalamiento de cuota. Razones que encuentran apoyo en una interpretación finalista, en jurisprudencia de intereses, atendiendo no el porqué histórico de la norma, que le falta por carecer de historia, sino el para qué en proyección de futuro que ya está en presente, pues cada día surgen nuevas y concretas posibilidades de que

departamentos procomunales que, sobre la marcha y a golpes de experiencia, van perfilando la figura sin alterar el carácter que le da el texto legal.

Todas estas razones, que apporto en pro de mi tesis, a una se reducen: la de que la no fijación de cuota-valor al departamento procomunal se traduciría en una injusticia o en una rémora - para su evolución en función del servicio que puede prestar en todos estos casos y posiblemente en bastantes otros que hoy no vislumbramos aún.

1º.- Cuando ya desde un principio se destina al servicio - y beneficio- de parte y no de - todos los pisos y locales.

2º.- Cuando al no ser aneja su titularidad a la de los pisos o locales su propiedad no corresponda a los dueños de éstos.

3º.- Cuando, por estar previsto así llega el día en que se le desafecta del servicio o utilidad común, convirtiéndose en un piso o local como

los demás, perdiendo su carácter procomunal.

4º.- Y cuando, sin perder su destino, por el que se mantiene el servicio o la utilidad, pasa su propiedad a un tercero que con su cumplimiento va a obtener un lucro.

Conjunto éste de casos que absorbe casi por completo la posible vida y desarrollo del departamento procomunal, de tal modo que una configuración del mismo que no permita o dificulte en extremo la posibilidad de su utilización para aquellas finalidades lo deja tan sin vigor que no habría por qué haberle engendrado . Sin olvidar, insisto, que esta naturaleza ya se la da el tenor gramatical de la Ley al aceptarlo como piso o local determinado".

No estamos de acuerdo con lo que afirma el docto Notario valenciano. En efecto, al haber afirmado que el elemento procomunal es un elemento común varían esencialmente las consecuencias a las que llegamos sobre tal elemento.

Podemos afirmar, en primer lugar, que parece excesivo afirmar, como hace Sapena que, - cuando se predica del elemento procomunal que no debe tener cuota de participación, se le está -- dando al problema una solución híbrida e inviable. No es lo primero, al menos en ese sentido peyorativo que parece atribuirsele porque el hecho de - que se trate de una parte del edificio suscepti-- ble de ser aprovechado independientemente no quie-- re decir que tenga que traer como consecuencia -- obligada el ser un elemento privativo. Siguiendo por ese camino sería híbrida la misma figura del elemento común accidental o por destino, que el - mismo autor admite como concepto distinto del de elemento procomunal.

Por otra parte, ya hemos visto antes - como el hecho de que el artículo 4 de la Ley de - Propiedad Horizontal hable de piso o local no - - quiere decir que sea elemento privativo; en pri-- mer lugar , porque en la frase en que la expresión "piso o local" se encuentra, la Ley se está refi-- riendo no al elemento procomunal sino al piso o - local normal, y en segundo porque, como vimos an-

teriormente, aquí la Ley habla de piso o local en un sentido físico y no en el sentido de elemento privativo.

En cuanto a los cuatro supuestos en que, según Sapena, se demuestra la necesidad de la atribución de cuota, cabría preguntarse: ¿cuál es la razón para que, en tales supuestos el pretendido departamento procomunal no sea un piso o local más, es decir, un elemento privativo? ¿cuál es entonces la razón de que en tales supuestos un piso o local que puede no pertenecer a todos los participantes en la propiedad horizontal o incluso pertenecer a personas ajenas quede exceptuado de la acción de división?.

¿Por que una posible futura desafectación hace necesaria la atribución de cuota, y no se deja tal atribución para cuando la desafectación se produzca?.

¿Cómo es posible calificar de elemento procomunal un piso o local cuyo destino es la venta,

y que, por tanto, es un piso o local más en propiedad ( en copropiedad) normal?.

Las anteriores preguntas creemos que es tán contestadas a lo largo de este trabajo, excepto la última que abordaremos con detenimiento cuando tratemos el régimen jurídico del elemento procomunal.

Hay que concluir afirmando, por tanto, que, al ser un elemento común, el elemento procomunal no debe tener cuota de participación ya que -- pertenecerá a todos los partícipes en la propiedad horizontal en la misma proporción que los restantes elementos comunes, es decir, en la proporción que - resulte de la cuota de participación atribuida a ca da uno de los elementos privativos.

- C) ¿Debe ser un piso o local susceptible de aprovechamiento independiente?.- Es indudable que el elemento procomunal debe ser susceptible de aprovechamiento independiente, y en esto está de acuerdo toda la doctrina. Desde el punto de vista físico el elemen-

to procomunal es un piso o local. Así el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal nos habla de "piso o local" contraponiendo dos figuras: aquel piso o local que se configure como elemento privativo y que, cuando pertenece en proindivisión a diversos propietarios, cualquiera de ellos puede ejercitar, circunscribiéndose al mismo la actio - comuni dividundo, y aquel otro cuya proindivisión tiene por finalidad el servicio o utilidad común de todos los propietarios, y respecto del cual no cabe el ejercicio de tal acción; pero la diferencia entre ambos, en principio, más que de características físicas es de destino; destino que trae como consecuencia un diferente régimen jurídico.

Ahora bien, ya apuntábamos anteriormente (76) que en el informe de la Ponencia, al justificar la introducción de la excepción a la acción de división no se habla de "piso o local" sino de "parte del edificio" al afirmar que "se adopta una nueva redacción, recogiendo la posibilidad de que alguna parte del edificio habitable o utilizable para local de industria, profesión o negocio hubiere



quedado sin atribuir a propietario singular, pensando en obtener un beneficio para la comunidad, en cuyo caso no se podrá dividir". Es indudable - que la expresión "parte del edificio" es mucho más amplia que la de "piso o local", y por ello parece que la independencia no es un requisito tan drástico como en los pisos o locales configurados como - elementos privativos.

El elemento privativo da la impresión de que está de alguna forma física separado o aislado de los elementos comunes, pues se afirma, como requisito de la independencia de su aprovechamiento, que debe tener salida a un elemento común o a la -- vía pública, y la salida es la comunicación entre - dos partes del edificio que están separadas de alguna manera; sin embargo, creemos que en el elemento procomunal ese requisito de la separación no es tan drástico, porque puede consistir no solo en un "piso o local", sino también en una parte del edificio.

Ello nos lleva a admitir como elemento - procomunal el pequeños negocio instalado en el por-

tal de entrada (expendiduría de tabacos, taller de zapatería, etc.), que ocupa una parte de tal elemento común que se arrienda para obtener un beneficio para la comunidad.

En definitiva, entonces, la independencia del elemento procomunal vendrá determinada exclusivamente por la que sea necesaria según el tipo de utilización que se haga del mismo.

D) ¿Debe estar dentro del edificio o puede estar fuera?

Creemos que todos los elementos de la propiedad horizontal deben hallarse dentro del edificio que está sometido a tal régimen. En esencia, tal como hemos dicho antes, la propiedad horizontal es una especie de copropiedad sobre una finca urbana, y, por tanto es sobre ese conjunto de elementos que integran la finca sobre lo que recae esta forma de copropiedad y sobre lo que se aplica su régimen específico.

Sin embargo, Delgado Rollán (77) afirma - que es posible que, en ciertos casos, un elemento común pueda hallarse fuera del edificio en régimen de propiedad horizontal, y señala dos supuestos:

"1º.- Derecho real, servidumbre, sobre finca independiente.

No ofrece dificultad alguna puesto que la propia Ley de Propiedad Horizontal las enumera como posible elemento común de una finca, naturalmente ha de tratarse de servidumbre real puesto - que son las únicas, por su naturaleza, que pueden estar al servicio del edificio, o sea, de otra finca distinta a aquella sobre la que recaen, y ser objetivamente necesarias para el adecuado uso y disfrute de la finca dominante.

2º.- Finca independiente no edificada.

En 1964 por Decreto de 3 de diciembre se desarrolló la Ley especial del Municipio de Barcelona y en su artículo 134 se estableció lo siguiente:

"La propiedad de los terrenos no edificables que permanezcan de propiedad común a la titularidad de varias fincas, se considerarán parte

integrante de las parcelas edificables, de modo -  
que ambas propiedades resulten inseparables, y que  
dará establecida una comunidad obligatoria sobre  
la superficie de todas ellas atribuyendo a cada -  
propietario de las fincas a que se adscriban una  
cuota indivisa sobre la nueva finca común propor-  
cional al respectivo volúmen edificable".

Hemos traído aquí literalmente el tex-  
to de este artículo, no obstante ser de una dispo-  
sición legal referida sólo a Barcelona, porque en él,  
al regular las reparcelaciones urbanísticas, se ma  
nejan unos conceptos justos y precisos en relación  
al problema que estamos estudiando. Veámoslos.

"Propiedad común a la titularidad de va  
rias fincas"

He aquí una propiedad que la ostentan -  
quiénes sean propietarios de otras fincas y preci-  
samente por el hecho de serlo.

"Esa propiedad común se considerará par

te integrante de las otras parcelas de modo que ambas propiedades resulten inseparables"

Con esto se quiere lograr la adscripción en su forma más intensa, y en el último inciso tenemos lo que en la propiedad horizontal veíamos como imposibilidad de enajenación del derecho sobre el elemento común con independencia del elemento principal.

"Atribución a cada propietario de -- las fincas a que se adscribe de una cuota indivisa sobre la finca común"

La finca independiente es el elemento común de otras.

Hay que señalar, por último, que la finca elemento común, está calificada como no edificable.

El Reglamento de Reparcelaciones dado por Decreto de 7 de Abril de 1969, no referido a -

ninguna población concreta, sino de ámbito general, en su artículo 24, número 1-11, dispone lo siguiente, al regular la forma de reparcelar:

"Se establecerán ..... normas sobre -  
atribución ..... de espacios libres aledaños a los  
solares edificables, formen o no una sola finca -  
con éstos"

Los solares edificables y la finca o es-  
pacio libre que se le adscribe no tienen que formar  
necesariamente una sola finca.

Si al hacer una reparcelación urbanística se adscribe una finca en su totalidad, zona de -  
jardín por ejemplo, a otra parcela edificable, lo --  
que nace es un derecho de propiedad cuyo titular se  
determina de forma subjetivamente real. El propieta-  
rio de la parcela edificable, o propietarios si son  
varios, por el hecho de ser dueños de ésta será pro-  
pietario de la otra.

Y es claro que, como las parcelaciones y

reparcelaciones urbanísticas sirven para crear solares en los que se podrán edificar, tanto edificios por pisos como viviendas unifamiliares, resultará que los espacios libres de que habla ese Decreto, serán atribuidos a los que vayan a resultar propietarios de esos edificios en régimen de propiedad horizontal o de las viviendas independientes, chalets, etc. Serán pues, las fincas, zonas libres: elemento común de otras fincas"

Por lo dicho anteriormente, no estamos de acuerdo con lo que, con indudable ingenio, señala Delgado Rollán. En efecto, por lo que se refiere a las servidumbres prediales en las que el edificio en régimen de propiedad horizontal es -- precio dominante, sólomente en un sentido impropio puede afirmarse que sea elemento común.

Cuando hablamos de elementos en la propiedad horizontal (y tanto se hable de elementos comunes como privativos) nos estamos refiriendo a una clasificación para distinguir entre las partes de un edificio, consideradas como objeto de derecho,

según la forma que el derecho de cada partícipe en la propiedad horizontal recae sobre las mismas. Pero la servidumbre predial no es una parte del edificio sino un derecho del que es titular, no el -- edificio, que no puede serlo, sino todos los partícipipes en la Propiedad Horizontal en la proporción que viene determinada por la cuota de cada uno.

Por lo que se refiere a las disposiciones administrativas que cita Delgado Rollán y que atribuyen la propiedad de los terrenos no edificables a las fincas colindantes que sí lo son, se trata de -- disposiciones que lo único que persiguen es conseguir una finalidad urbanística: es decir, evitar la edificación de tales fincas, y, en consecuencia, su enajenación separada de las mismas. La inseparabilidadad viene aquí establecida por una norma distinta -- de la específica legislación que regula la Propiedad Horizontal, y de la misma no creemos quepa extraer consecuencias sustantivas. Pero, es más, el supuesto puede decirse exactamente igual aunque no exista -- Propiedad Horizontal, cuando las parcelas edificadas a las que se atribuye forzosamente la copropiedad --



del terreno no edificable sean edificaciones en propiedad normal. Podrá hablarse de elemento común pero aquí la expresión no tendrá nada que ver con la Propiedad Horizontal: se atribuye la propiedad de una parcela a los titulares de otras y se declara aquella propiedad inseparable de ésta. La atribución y la inseparabilidad se establecen en una norma -que, de igual manera, podría haber utilizado otro mecanismo jurídico- y, en consecuencia, los efectos de esta figura serán los que determine dicha norma.

En consecuencia, debe concluirse que el elemento procomunal debe estar situado forzosamente antes del edificio en régimen de Propiedad Horizontal de quién dicho elemento se predica.

- E) El destino del elemento procomunal. - El elemento procomunal es un elemento que forma parte del edificio en régimen de Propiedad Horizontal; y forma parte del mismo como tal elemento procomunal de una manera estable, duradera, en principio, con -

vocación de duración como tal elemento tanto como dure la Propiedad Horizontal.

Como tal elemento, y por definición - debe prestar un servicio o utilidad común a los partícipes en la Propiedad Horizontal. Este servicio o utilidad, tal y como venimos aludiendo - repetidamente puede prestarlo por una doble vía, lo que hace que podamos dividir al elemento procomunal en dos clases diferenciadas:

1) Elementos procomunales de uso común

Son aquellos cuyo servicio consiste en la utilización por los copropietarios. Dicha utilización -- puede ser para múltiples fines: salas de juntas, jardines de esparcimiento o recreo, bares, garajes dedicados a aparcamiento de los dueños de los elementos privativos en la forma estudiada en el nº 4 del Capítulo III, etc.

2) Elementos procomunales de servicio

común: en ellos el servicio que presten a la comunidad no es la utilización directa común, sino el

uso para un fin beneficioso para todos: bien sea porque la actividad que se desarrolla en las mismas va encaminada directamente a un servicio a los elementos privativos (V.gr.: vivienda del portero), bien porque con el mismo se obtiene una ganancia al ceder su uso y percibir por dicha cesión una contraprestación. Es este último tipo de elemento procomunal el que está sin duda en la mente del legislador, cuando se dice en el informe de la ponencia, para justificar la adición introducida en el artículo 4, que "se adopta una nueva redacción, recogiendo la posibilidad de que alguna parte del edificio habitable o utilizable para local de industria, profesión o negocio hubiere quedado sin atribuir a propietario singular, pensando en obtener un beneficio para la comunidad, en cuyo caso no se podrá dividir". Por ello hemos calificado este supuesto como el más típico elemento procomunal, y quizá el único tipo de elemento procomunal en la mente del legislador. Lo que ocurre es que el último inciso del artículo 4º contiene una redacción más amplia, quizá porque se quiso predicar la indivisión for-

zosa de todos los elementos comunes accidentales, cuya indivisión no se estimó que estaba establecida todo lo claramente que el legislador quería, - como hemos visto anteriormente.

Hay autores (78) que estiman que también es elemento procomunal aquel cuyo destino es, exclusivamente, su enajenación y que esta enajenación -su contraprestación- es precisamente el beneficio que presta a los copropietarios. Disiento de dicha opinión porque, como he dicho anteriormente, el elemento procomunal debe prestar una -- utilidad o servicio continuado y estable. Si los copartícipes en la Propiedad Horizontal se reservan un piso o local con la idea de lucrarse con - su venta, dicho piso o local es un elemento privativo normal y corriente; en el fondo, se le califica de procomunal exclusivamente para facilitar su venta, pues los autores expresados derivan de tal carácter la consecuencia básica de que la enajenación del mismo pueda realizarse por simple mayoría de los copartícipes, momento en el que se - convertiría en un elemento privativo normal.

Creo que el piso o local que está destinado a la venta no es, en ningún caso, un elemento procomunal; el condominio que recae sobre el mismo es un condominio ordinario, y si se quiere facilitar en su día la enajenación, ello debe hacerse acudiendo a mecanismos distintos de los de alterar su naturaleza jurídica, como puede ser el poder irrevocable u otro similar. El procedimiento de considerarlo elemento procomunal para concluir de ello que puede ser vendido por simple mayoría facilita enormemente la práctica notarial, pero lo hace por el camino discutible de prescindir, o ir en contra incluso, de la voluntad de alguno o algunos de los copropietarios, lo cual no parece admisible.

Tampoco parece lógico que un elemento de la Propiedad Horizontal cambie de naturaleza y régimen jurídico por el solo hecho de una enajenación, o, dicho de otra forma, que su naturaleza consista precisamente en la finalidad de cambiar de naturaleza.

En conclusión, creemos que no existen más destinos del elemento procomunal que aquellos que hemos enunciado anteriormente.

El elemento procomunal debe estar configurado como tal en los Estatutos de la Comunidad. Puede ocurrir que éstos se limiten a establecer - tal carácter, o bien que, además, señalen el uso o servicio a que se destina tal elemento. En este último supuesto, como es lógico, la variación del destino necesitará todos los requisitos de una modificación estatutaria.

## VI REGIMEN JURIDICO

---

## VI REGIMEN JURIDICO

### A) Utilización

La utilización del elemento procomunal vendrá determinada por el destino que se le - - atribuya en los Estatutos, o en el Reglamento - de Régimen Interior en su defecto. Puede ocurrir que ni en aquéllos ni en éste se determine su - utilización. En tal caso, la misma vendrá impuesta por su naturaleza y configuración, y, en todo caso, sujeta a la decisión de los copropietarios.

Cuando el destino sea la obtención de - una contraprestación, lo más normal será el arrendamiento de dicho elemento. En tal supuesto será arrendador la comunidad de propietarios y, en conssecuencia, al carecer ésta de personalidad jurídica, la figura será la misma que en el arrendamiento de una cosa en copropiedad ordinaria, con las peculiaridades que pueden resultar de tratarse de una comunidad en la que no cabe la actio communi dividundo. No será necesario acuerdo alguno para



proceder al arrendamiento en el caso de que el destino esté establecido estatutariamente, ya que, en tal supuesto el consentimiento está - prestado, de forma anticipada e irrevocable, - con el consentimiento dado a los Estatutos, o con el mero ingreso en la Comunidad, que supone siempre una aceptación completa de los mismos.

Si el destino es la prestación de - un servicio (no el uso común) distinto de su - cesión (v.gr.: la vivienda del portero) no se plantean problemas mayores.

En el supuesto de que el elemento - procomunal está destinado a la utilización con junta por los copropietarios, habrán de seguir se en dicha utilización las normas específicamente establecidas. A falta de tales normas, - se aplicarán las que el Código Civil establece para el uso en los casos de comunidad de bienes, pero sólo en el supuesto de que no existan normas específicas aplicables en la Ley de Propie-

dad Horizontal.

El uso del elemento procomunal puede corresponder a todos los partícipes -y este es el supuesto más normal-, pero también puede corresponder a parte -no a todos- los copropietarios. Creemos que es aplicable plenamente a este su-puuesto todo lo que hemos dicho anteriormente sobre elementos comunes de uso parcial.

Respecto de los gastos que produzca el elemento procomunal, hay que estar, en principio a lo que establecen la regla 5<sup>a</sup> del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, según la cual es obligación de cada propietario "con-tribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado -sostenimiento del inmueble, sus servicios, tribu-tutos, cargas y responsabilidades que no sean sus-ceptibles de individualización". La cuota de par-ticipación, que debe tener todo elemento privati-vo, significa esencialmente la cuota con que ca-

da copropietario es partícipe en la comunidad. En la mente del legislador esta cuota, en principio es la que determina, igualmente, la participación en los gastos de la Propiedad Horizontal, en armonía con lo que dispone para la copropiedad el artículo 393 del Código Civil al decir que "el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas"; y esta idea de equivalencia entre la cuota de participación y la contribución a los gastos es tan fuerte, que la misma Ley de Propiedad Horizontal establece en el párrafo segundo del artículo 5º, al hablar de las circunstancias que debe fijar el título constitutivo que "en el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único del edificio al -- iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o -- por resolución judicial. Para su fijación se -- tomará como base la superficie útil de cada pi -- so o local en relación con el total del inmue-

ble, su emplazamiento interior o exterior, su si-  
tuación y el uso que se presuma racionalmente que  
va a efectuarse en los servicios o elementos comu-  
nes".

Sin embargo, la equivalencia entre cuo-  
ta de participación y cuota de gastos en la Pro-  
piedad Horizontal puede resultar muchas veces no  
civa porque, a diferencia del condominio ordinario,  
en la Propiedad Horizontal puede ocurrir, y ocurri-  
rá en muchos casos, que la forma en que los servi-  
cios y elementos comunes prestan servicio a los --  
elementos privativos, y, por tanto, a los distin-  
tos partícipes, sea desigual. Y ello lo ve el le-  
gislator -o, al menos, lo atisba- cuando al hablar,  
en la regla 5<sup>a</sup> del artículo 9 de la Ley de Propie-  
dad Horizontal de la proporción en que se debe con-  
tribuir a los gastos, dice que debe hacerse "con -  
arreglo a la cuota de participación o a lo especial-  
mente establecido".

Y la exposición de motivos explica que  
"el criterio básico tenido en cuenta para determi-

nar la participación de cada uno en el desemboloso a realizar es la expresada cuota o coeficiente asignado al piso o local"....

Parece, por todo ello, que, aunque - en la mente del legislador eran de alguna manera equivalente cuota de participación y cuota de -- gastos, fué lo suficientemente prudente para permitir disociaciones entre una y otra, y, apoyándose en ello, la doctrina, la práctica notarial y la jurisprudencia (S.S. 5-3-69 y 22-4-74), teniendo en cuenta la naturaleza de las cosas, han distinguido plenamente entre cuota de participación y cuota de gastos.

La cuota de participación expresa única y exclusivamente la participación en la comunidad que significa, como decíamos anteriormente, el edificio total; es la cuota que a cada usuario corresponde en la copropiedad total del edificio. Por ello, y permitiéndolo el carácter dispositivo del precepto, no es aconsejable seguir los criterios del párrafo segundo del artículo 5º mencio-

nado, sino que la cuota de participación debe fijarse teniéndose en cuenta únicamente la relación de valor de cada elemento privativo con el valor total del inmueble.

Por el contrario, la cuota de gastos es el módulo que determina la cuantía porcentual de la contribución a los gastos de la comunidad. Es al establecer esta cuota cuando ha de tenerse en cuenta la forma en la que los distintos partícipes van a servirse de los elementos comunes, porque es lógico y natural que contribuya más al sostenimiento de los mismos quién más va a utilizarlos, y, en consecuencia, quién va a ser más responsable del deterioro - natural de dichos elementos. Esta cuota de gastos será, cuando se establezca, el pacto especial sobre contribución a los gastos que permite la regla 5<sup>a</sup> del artículo 9 que antes hemos transcrito.

Pues bien, teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, los gastos del ele-

mento procomunal, como los restantes gastos de la comunidad, deberán ser satisfechos por los copropietarios con arreglo a la cuota de gastos que se hubiera establecido en los Estatutos, o a las normas especiales en materia de gastos reguladas en las mismas. En el caso de que no hubiera cuota de gasto o normas especiales, hay que entender la misma (por imposición legal que, por otra parte es lógica a falta de disposición especial) equivalente a la cuota de participación en la comunidad.

Ahora bien, puede ocurrir -de hecho- ocurrirá en muchísimos casos por virtud de esa diferencia que de hecho se da entre los elementos privativos que tienen salida directa a la vía pública y que comunmente se destinan a locales de comercio, y los que tienen salida a un elemento común- que el elemento procomunal sea de uso parcial. En tal caso, aplicando las conclusiones a las que llegabamos en el capítulo IV, C,c, habrá que concluir aquí lo siguiente:

1) Si hay pacto especial sobre exoneración de los gastos que produzca el elemento procomunal en favor de determinados elementos privativos, este pacto será plenamente válido, y serán los dueños de los restantes elementos privativos quiénes tendrán que contribuir a tales gastos en proporción a la cuota o a las normas especialmente establecidas, o, en el caso de que no haya otra norma, aparte de la que establece la exoneración, prorrateando la parte que queda sin cubrir por virtud de ésta, entre los restantes elementos privativos, proporcionalmente a su cuota de gastos.

2) Si no hay pacto especial de exoneración, en principio, todos los dueños de los elementos privativos tendrán que contribuir, -- con arreglo a la cuota de gastos, o, si no existe la misma, a la cuota de participación, a los gastos del elemento procomunal, que vendrán englobados en los restantes gastos de la comunidad; y esto en la inmensa mayoría de los casos no producirá ninguna injusticia, ya que al fijar



dichas cuotas se habrá tenido en cuenta la diferencia de utilización.

3) Finalmente, puede ocurrir excepcionalmente que, sin existir pacto de exoneración, los gastos del elemento procomunal sufran un aumento tal que rebase la proporción que se ha tenido en cuenta al fijar la cuota de gastos o la cuota de participación. Se produce en este supuesto un caso de desequilibrio de las prestaciones semejante al que puede tener cualquier contrato de tracto sucesivo. En este caso hay que acudir a las soluciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el particular, pudiendo estimarse que el aumento de gastos que exceda de una proporción normal deberá ser satisfecho exclusivamente por los copropietarios que utilizan el elemento procomunal, en armonía con lo que decíamos en el Capítulo IV, C.c. prorrateando entre ellos el aumento de gastos en la forma que se dice en el apartado 1) anterior.

Todo lo anteriormente expuesto sobre

la contribución a los gastos del elemento procomunal creemos debe tener una solución distinta en el supuesto de que el servicio que preste -- sea la obtención de la contraprestación correspondiente a la cesión onerosa del uso del mismo, que en la inmensa mayoría de los casos se llevará a cabo a través de un contrato de arrendamiento. En tal supuesto parece lo más lógico estimar que el beneficio que se obtiene de tal elemento es sólo el beneficio neto y, en consecuencia sólo será aplicable el mismo a la finalidad prevista después de deducir los gastos. Por ello, en este supuesto, habrá de seguirse este sistema para la satisfacción de dichos gastos, y sólo en el supuesto de que los mismos sean superiores a los ingresos, y por el exceso, habrán de seguirse según creemos, las mismas soluciones predichas anteriormente respecto del elemento procomunal de uso parcial.

B) Administración.

La administración del elemento proco-

munal es, en principio, una faceta más de la administración de la Propiedad Horizontal en general. Por ello corresponderá al Presidente de la misma, salvo que los Estatutos prevean, o los copropietarios acuerden, que dicha administración la lleve a cabo una persona distinta. En principio, por tanto, se aplicarán, los cinco primeros párrafos del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal:

"Los propietarios elegirán entre ellos un presidente, que representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afectan.

El presidente actuará al propio tiempo como secretario y administrador si los estatutos no determinan o los propietarios no acuerdan elegir a otras personas para desempeñar dichos cargos, que a su vez podrán recaer en una misma persona.

El administrador o secretario-administrador podrá no pertenecer a la comunidad de pro

pietarios.

Salvo que en los estatutos se disponga otra cosa, estos nombramientos se harán por un año, prorrogable tácitamente por períodos iguales.

Los nombramientos podrán en todo caso, ser removidos en junta extraordinaria de propietarios convocada al efecto".

Ahora bien, la dificultad se plantea cuando se trata de elementos procomunales de uso o servicio parcial. Aplicando a ellos lo que decíamos en el Capítulo IV, C,c, estos elementos pertenecen a todos los copropietarios, pues no se conoce en nuestro Derecho la doctrina de los elementos comunes parciales. Pues bien, en consecuencia con ello, la Junta de Propietarios -- tendrá plena soberanía sobre ellos en las decisiones esenciales que afecten a dicha propiedad. Ahora bien, creemos que en todo lo referente a - la utilización de tales elementos, y que no afec

te a la esencia de los mismos ni perjudique a los que no tienen derecho a usarlos, las decisiones pertenecen exclusivamente a los partícipes que gozan del uso parcial. Dichos partícipes podrán, por si sólo, tomar las decisiones pertinentes, aunque parece que su ejecu--ción corresponderá al Presidente, o, en su caso, al Administrador. Es cierto que esta afir--mación puede resultar arriesgada a la vista -de lo que establece el párrafo 2º del artícu--lo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, pero creemos que es lo más justo, y entendemos que puede defenderse, a pesar de tal precepto, --por los argumentos que exponíamos en el lugar antes citado.

Cuando el destino atribuído al elemento procomunal sea el arrendamiento podría plantearse en principio el problema de si, en función de la clase de arrendamiento, ha de -considerarse a ésta como un acto de adminis--tración ordinaria, o bien administración ex--traordinaria. Pero creemos que en el caso presente

no se plantea tal cuestión ya que el interés de la distinción no es otro que el de determinar las facultades del que administra o gestiona y, en este caso, cualquiera que sea la amplitud de tales facultades, las mismas vendrán determinadas por el destino del elemento procomunal, y, en consecuencia, conferidas, directa o indirectamente, pero de manera irrevocable, por la regulación que a tal elemento se dé en los Estatutos.

En este caso de arrendamiento del elemento procomunal, como los ingresos procedentes del mismo van destinados a contribuir a los gastos de la comunidad, la administración corresponderá a quién desempeña la administración de toda la comunidad, y ello será así aunque los gastos que se sufraguen sean gastos de los que esten exentos los dueños de alguno o algunos de los elementos privativos.

C) Disposición.

- 1) Disposición de la cuota sobre el elemento procomunal.- El elemento procomunal es un

elemento común accidental, y, en consecuencia, su titularidad corresponde, en proindiviso, a los dueños de los elementos privativos en proporción a la cuota de participación de cada uno.

Por ello, no cabrá transmitir separadamente de cada elemento privativo la cuota de participación en el elemento procomunal. - Ahora bien, si bien es cierto que es un elemento común, también lo es que es un elemento común accidental o por destino y, en este sentido, cabrá una "desafectación" por decisión unánime de los copropietarios que traerá como consecuencia el que el régimen pasará a ser - el normal de un elemento privativo, que en este caso pertenecerá en copropiedad a los partícipes, y cuyo régimen será -como hemos repetido en diversas ocasiones- el de la copropiedad romana ordinaria del Código civil.

No opinan así, como es lógico, los autores que entienden que el elemento procomu

nal es, no un elemento común, sino un elemento privativo.

Para Sapena (79), la disponibilidad separada tiene por objeto que un piso o local -elemento privativo- sea arrendado o vendido -por el constructor (o constructores en comunidad). Yo me pregunto: ¿cuál es la razón para -que un elemento privativo goce de un status especial, que lo diferencia de los demás elementos de tal carácter? Quizá la razón esté, cuando los constructores son varios en comunidad, en evitar determinadas consecuencias fiscales de la proindivisión. Yo no veo ninguna razón -para que el elemento privativo al que Sapena -llama departamento procomunal no sea un elemento privativo normal (80).

También Cámara (81), aunque con mucha más cautela, admite la separabilidad de la cuota sobre el elemento procomunal y los elementos privativos, y abiertamente sostiene la misma opinión Marcos Jiménez (82). Ya hemos --



visto anteriormente (Capítulo V-A), como esta opinión no nos parece demasiado fundada y cómo parece también ser contraria a la Resolución de 20 de Diciembre de 1978, al afirmar - que la inseparabilidad es una limitación institucional.

Los autores expresados, al admitir la posibilidad de enajenación separada de la cuota sobre el elemento procomunal encuentran un gran obstáculo en el retracto de comuneros. Así dice Sapena (83):

"La norma contenida en el artículo 1522 del Código Civil es de carácter general, aplicable a toda situación de comunidad, salvo si existe disposición especial contraria - que de su imperio exceptúe la situación que - contempla. Estamos ante una norma imperativa, pues, tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia, no puede ser derogada por voluntad de las partes.

En el punto que nos ocupa nos encontramos con una norma especial, la del artículo 396 C.c., 3º, declarando la improcedencia de este derecho cuando se trata de la enajenación de un piso o local frente a los dueños de los demás pisos o locales. No es una excepción concreta, sino una aclaración: el retracto del Código se refiere a transmisiones de una misma cosa, que es objeto del derecho de todos, mientras que en la propiedad horizontal o son propiedades separadas o son propiedades comunes - carentes de independencia que posibilite el -- ejercicio de derechos de preferente adquisición respecto a cuotas de las mismas. Y como opina Fernández Martín-Granizo, en nuestro caso el título de condóminos del departamento proindiviso viene conferido en razón del de propietarios individuales (que lo son o que lo fueron), por lo que no es apto para ejercitar los derechos de tanteo y retracto, ya que está incluido en la prohibición fijada por el 3º del artículo 396 del Código civil.

No olvidemos tampoco que la ratio le

gis de este retracto estriba en considerar a la comunidad como una situación transitoria y anómala, cuando en nuestro caso se trata de una situación expresamente querida, de vigencia permanente y adecuada al fin perseguido por el tipo de propiedad en que se inserta, lo que nos aboca a admitir la improcedencia del retracto como norma general. Aunque la falta de disposiciones concretas y de decisiones jurisprudenciales nos fuerza, en bien de la seguridad de las conclusiones a separar los distintos casos que puedan presentarse, y de los que, por mera agrupación, se probará también la generalidad del principio expuesto.

a) Si las cuotas se han configurado como derecho anejo e inseparable de cada piso o local, no cabe ejercitar el retracto, pues su objeto no puede ser lo principal, por expresa disposición del Código, y en uso de un derecho subjetivo, cual es el de retraer la cuota, no cabe contravenir una disposición estatutaria que impide su separación de la titu-

laridad de aquel. Es más, las razones en que se funda el retracto de comuneros -evitar la perduración del estado de proindivisión que se estima como situación anormal- cesan cuando el proindiviso está justificado por una -razón de dependencia en servicio de lo principal, un proindiviso objetivamente cualificado, podríamos decir.

b) si se trata de enajenación por decisión unánime, como todos son transmitentes por propia voluntad, ninguno puede ejercitar el retracto. Y a este supuesto hemos -de equiparar el de disposición por acuerdo de la mayoría estatutariamente facultada del --que seguidamente trataremos, pues hay un sometimiento ab initio a la voluntad de quiénes pueden disponer del departamento conforme a lo convenido con los mismos efectos que si se tratase de decisión unánime. No cabe aquí aplicar el artículo 1522 C.c., pues no se trata de la ~~enajenación~~ de "la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos", sino de todo

el departamento, de la casa en su unidad y no de cuotas de la misma.

c) Nos queda el caso aislado de venta de cuota o cuotas del departamento procomunal no configuradas estatutariamente como anejos de los pisos o locales. En principio no -- juegan las razones expuestas en los dos casos anteriores y el supuesto encaja perfectamente en el artículo 1522 C.c., conforme a su tenor gramatical.

A su pesar estimo que no es así. El artículo 1522, si bien aparece separado del título que el Código Civil dedica a la comunidad romana, a ella se refiere, ya que es la única que el legislador contempla, por lo que esta - regla queda sujeta a todas las posibilidades de excepción legal de la normativa-tipo por vía - de disposiciones especiales, como el artículo 392 establece. Y una de ellas es la Ley de Propiedad Horizontal, que en materia de derechos de preferente adquisición declara su inaplicabilidad, pues si bien se refiere a un supuesto

distinto del que nos ocupa, por analogía debe aceptarse la misma regulación, ya que si no cabe el retracto de un piso porque por naturaleza se distingue de una cuota indivisa, tampoco debe caber el de ésta cuando se refiere a un departamento cuya situación de comunidad viene exigida por su propia esencia, en función de su finalidad, lo que ~~h~~separa de las cuotas en la comunidad ordinaria. Consecuencia a la que nos fuerza también la equiparación de este caso a los otros dos antes examinados, manteniendo la unidad de la figura".

Veamos: afirma en primer lugar Sa-pena que no procede el retracto de comuneros al tratarse de propiedades comunes carentes de independencia, puesto que el título de condóminos del departamento proindiviso está conferido en razón del de propietarios individuales que lo son o que lo fueron. De acuerdo - que el Derecho carece de independencia cuando se atribuye como consecuencia de ser propieta-

rio de un derecho individual, pero seguir manteniendo el mismo principio cuando se ha des-- vinculado la copropiedad en el elemento procomunal de la "propiedad separada" de un elemento privativo, carece de toda justificación. En otras palabras: nada más contrario al retracto de comuneros que la copropiedad en la que los partícipes vienen determinados ob rem por la - propiedad de otra cosa, pero esa antítesis - - existe en tanto en cuanto exista esa vinculación ob rem, en ningún modo cuando no exista.

Los dos primeros supuestos que examina Sapena parecen claros:

El primero de ellos se da cuando las cuotas se han configurado como anejos inseparables de los elementos privativos. Parece clara aquí la exclusión por existir esa vinculación ob rem de la que hablábamos antes. Lo que ocurre es que, en nuestra opinión esa vinculación proviene, no de una prohibición de enajenar separadamente, cuya validez es totalmente discutible como vimos anteriormente (en el capítulo

III), sino de que la vinculación proviene de - ser el elemento procomunal un elemento común.

Tampoco parece discutible el segundo de los supuestos que plantea Sapena de no - existencia de tal retracto en el caso de enajenación por decisión unánime, o por decisión mayoritaria -si es que se admite que pueda enajenarse así, que creemos que no, por lo que veremos después-, ya que en este último supuesto, al admitirse como válida la enajenación incluso contra el consentimiento de algunos partícipes, éstos habrían dejado de serlo en el momento de tal enajenación, y, por tanto, no se daría el supuesto del retracto.

Pero la argumentación de Sapena - - quiebra totalmente cuando admite la enajenación separada de la cuota en el elemento procomunal, y, sin embargo, opina que, aún en tal supuesto, no se da el retracto de comuneros por aplicación de la normativa de la Ley de Propiedad Horizontal. ¿Por qué se va a dejar de lado tal rere



tracto cuando se enajena la cuota a una persona que no tiene nada que ver con la comunidad? ¿Es más protegible el interés de esta persona que el del comunero que pretende adquirir dicha cuota? Creemos fracamente que no.

Toda dificultad en cuanto a la inaplicación del retracto de comuneros desaparece si consideramos al elemento procomunal como un elemento común. En este supuesto, la misma naturaleza de las cosas hace improcedente tal retracto, ya que el elemento procomunal es un elemento en copropiedad en el que los comuneros vienen determinados "ob rem" por la propiedad de un elemento privativo, con lo que la existencia del retracto eliminaría tal adscripción ob rem.

Además, la improcedencia de tal retracto es consecuencia directa de lo que establece - el párrafo 2º del artículo 396 del Código civil, cuando dice: "las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente -

con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable".

Con lo que parece claro que se establece tal vinculación ob rem que el retrac- to contradeciría totalmente.

Y esto que se predica, evidentemen te, en primer lugar, respecto de los elementos comunes esenciales, debe aplicarse también a - los elementos comunes accidentales o por desti<sub>u</sub> no, los cuales sólo se diferencian de aquéllos, como vimos antes, porque nacen por determina- ción de las partes; pero mientras tal voluntad se mantiene -y se mantiene mientras no ocurra un acto de "desafectación", el régimen de los mismos es igual al de los elementos comunes e- senciales.

- 2) Disposición del elemento procomunal en su - conjunto.- Al ser el elemento procomunal un elemento común, no es susceptible de enaje- nación global, por aplicación del párrafo 2º

del artículo 396 del Código civil.

Pero como su carácter de elemento común no es esencial, sino accidental, cabe perfectamente que el elemento procomunal pierda, por voluntad unánime de los copropietarios, este carácter, y entonces, - convertido ya en un elemento privativo, -- pueda ser enajenado, de la misma forma que puede ser objeto de cualquier acto de tráfico jurídico. Ahora bien, como desde el - mismo momento de su "desafectación", el -- elemento procomunal se convierte en un elemento privativo normal y corriente, en copropiedad, en el momento de la venta, la - misma se regirá por las mismas normas que rigen la enajenación de cualquier elemento privativo.

Sin embargo, las afirmaciones anteriores que a mí me parecen muy claras, son discutidas por la doctrina y las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del No

tariado.

Sapena (84) estima que la enajenación del elemento procomunal puede hacerse sin el requisito del consentimiento de todos los condóminos, -pensando que existe una especial solidaridad-, siempre que tal enajenación que requiera sólo determinada mayoría, haya sido prevista en los Estatutos, y siempre que se den, en consecuencia, los siguientes requisitos:

"a) Que se trate de un departamento configurado como procomunal y que en los estatutos del inmueble esté prevista la posibilidad de la enajenación.

b) Que se tome acuerdo válido y eficaz conforme a su normativa estatutaria, es decir:

1º.- Reuniendo los quorums previstos de asistencia y de votación, al tiempo -

que cumpliéndose los demás requisitos sobre convocatoria y deliberación que tales normas impongan.

2º.- Facultando suficientemente a la persona o personas que por todos hayan de otorgar la disposición.

La formación de la mayoría requerida puede presentar en la práctica problemas graves de no haberse regulado en los estatutos. Pues si bien en defecto de ellos - habremos de atenernos a las reglas de la Ley de Propiedad Horizontal -disposiciones especiales de aplicación preferente a las generales del C.c.-, no cabe asimilar el caso a -- los contemplados en la norma segunda del artículo 16; dada su importancia, más bien se encuadra entre los de la primera, ya que para los condueños desprenderse de su departamento es, por lo menos, de tanta importancia como aprobar o modificar los estatutos o las reglas del título constitutivo, siendo nego-

cio de disposición para el que se precisaría la unanimidad de no haberse dispuesto, por - decisión unánime necesariamente, otra cosa.

Es decir: habrá de obtenerse el quorum previsto, tanto en primera como en segunda o cualquier otra convocatoria, sin que quepa reducirlo en las posteriores aplicando dicha norma segunda del artículo 16, ni tampoco acudir al Juez cuando no hubiere quorum. En cambio, creo que es aplicable lo dispuesto en la norma primera de igual precepto, esto es: si se toma acuerdo favorable a la disposición sin reunir el quorum previsto podrá notificarse a los no asistentes, como se regula en su segundo párrafo, y si éstos no manifiestan su discrepancia y sumado el valor de sus votos a los de los que lo hubieran dado en la Junta se alcanza el quorum previsto, el acuerdo será válido. Pues si la regla vale para tomar acuerdos por unanimidad, no podemos negarle eficacia para los acuerdos de una simple o reforzada mayoría. Y todo ello, como

hemos dicho, siempre en defecto de pacto, pues la regulación de éste será preferente a la legal.

No podemos adentrarnos en la casuística de esta posible reglamentación. Sólo diremos que la libertad de pacto en la que se ampara no alcanza a permitir que se fije un quorum inferior a la mayoría absoluta, pues entonces desaparecen las razones de interés legítimo que apoyan y avalan a esta especial solidaridad, al dejarla equiparada al dominio solidario hasta ahora recusado, en cuanto por la decisión de uno o varios, que no forman mayoría, habrían de pasar a todos. Otros problemas, que dejamos en alto, son los de si el quorum mínimo habrá de consistir en la mayoría de personas o de cuotas o de ambas a la vez, si cabe -- que estas mayorías se refieran sólo a asistentes en segunda convocatoria al no haberse reunido en la primera; y si por pacto -- también, como todo lo antedicho, cabría acu

dir al Juez en este último caso para que re  
frendara el acuerdo.

La Junta a la que nos estamos re  
firiendo es siempre la de condueños del de-  
partamento y no la de copropietarios de todo  
el edificio, si bien se pueden confundir sin  
distingo entre ambas si los titulares son -  
los mismos. Caso contrario, se regulará por  
sus propias normas y de no haberlas por las  
de la Junta de Propietarios del inmueble, -  
incluso para la expedición de certificacio-  
nes en prueba de los acuerdos y la representación  
para su cumplimiento.

El precio que se obtenga se in--  
vertirá o destinará conforme a lo previsto  
en las normas sobre la disposición o en el  
acuerdo tomado en cuanto, posibilitado por  
aquella normativa, pueda versar sobre tal -  
destino. En último término creemos que bas-  
tará con el depósito o retención del precio  
a disposición de los titulares a quienes co  
rresponda.



Un punto puede adquirir gran importancia en la práctica: ¿cabe el recurso al Juez cuando el acuerdo tomado con los -- quorums o mayorías previstas fuera gravemente perjudicial a los condueños?. Con Beltrán de Heredia estimo que este precepto del artículo 398 C.c. para la administración de la cosa común es de carácter imperativo; -- luego sus efectos se extenderán a los acuerdos que excedan de aquélla, de la ordinaria administración, cuando fuere posible tomarlos, cual es nuestro caso. ¿Cuál si transmitido el departamento el Juez se pronunciare en contra de lo acordado? La disposición, -- frente a terceros, es válida e inatacable; es más, el Juez no puede decidir la nulidad simplemente por razón del grave perjuicio -- que con ello se causare, pues no se le restan ninguno de los requisitos que para su -- validez bastan, ni se demuestra la falta a priori de alguno de ellos. En definitiva, -- el decreto judicial podrá enervar la eficacia impidiendo que la disposición se otorgue,

pero no afectará a la ya consumada, produciendo solamente efectos entre los conductores".

No estamos de acuerdo con las afirmaciones de Sapena. En primer lugar, no creemos que la problemática de un elemento privativo, que al fin y al cabo es una cuestión interna -"de puertas adentro"- que es objeto de copropiedad, pueda solucionarse acudiendo a la normativa de la Ley de Propiedad Horizontal y no a las disposiciones sobre la Comunidad de bienes en el Código civil. Partiendo de ahí, toda la conclusión será -a mi parecer-errónea. Dice después Sapena que es válida la disposición del elemento procomunal por decisión mayoritaria de los partícipes, siempre que dicha posibilidad haya sido contemplada en los estatutos; aún partiendo de que fuera aplicable al caso la normativa especial de la Ley de Propiedad Horizontal, el mismo Sapena parece contradecirse al admitir es-

ta posibilidad después de haber dicho que -  
la enajenación del elemento procomunal es -  
un caso más grave que la misma modificación  
estatutaria, y no creemos que admita que es  
ta pueda hacerse por mayoría. Respecto a la  
formación de la mayoría admite Sapena que,  
cuando no se lograra, pudiera acudirse al -  
procedimiento del párrafo 2º de la regla 1ª  
del artículo 16 de la Ley de Propiedad Hori-  
zontal. Me parece también erróneo: en efec-  
to, tal disposición es excepcional y regula-  
da para un supuesto de que no se consigue -  
la unanimidad, probablemente dictado por las  
dificultades que, en muchos casos, pueden -  
presentarse para lograr la misma, por ello  
no parece consistente el argumento de Sape-  
na de estimar que si la norma del párrafo -  
2º de la regla 1ª citada vale para tomar --  
acuerdos por unanimidad, no se le puede ne-  
gar eficacia para los acuerdos de una sim-  
ple o reforzada mayoría, cuando el procedi-  
miento del artículo 16 para los casos en --  
que no puede lograrse ésta es el de acudir

al Juez: lo que ocurre es que Sapena admite que, estatutariamente, se regule la posibilidad de disponer por mayoría (Regla - 2<sup>a</sup> artículo 16), pero, al tratarse de un - acto de disposición, le parece excesivo se guir los criterios de la Ley de Propiedad Horizontal para los casos en que la mayoría no pueda lograrse (acudir del Juez), y, por ello, acude al procedimiento subsidiario regulado exclusivamente para los su puestos de unanimidad, para facilitar aún más la enajenación (como si ya no estuviera excesivamente facilitado al permitir los - estatutos la enajenación por mayoría). Finalmente, parece también bastante discutible afirmar que la decisión del Juez, en - el caso que se acuda a él en aplicación -- del artículo 398 del Código civil, no afec te a la adquisición realizada, calificando para ello, de tercero al primer adquirente: en el fondo, lo que ocurre es que aplicar el 398 del Código civil a un acto de dispo sición es algo que parece fuera de toda lógica.

El I Simposio sobre Propiedad Horizontal (85) también admite la enajenación por mayoría, sin aducir argumentos en favor de tal posición.

Nos parece, por todo lo anterior, mucho más fundada la opinión de Cámara cuando dice: (86)

"Finalmente, y por que respecta al régimen jurídico del departamento procomunal, tal como está redactado el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, que, - en principio, concibe el supuesto como un - caso normal de proindivisión, con la excepción, ciertamente fundamental, de que no ca be la actio communi dividundo, entiendo que hay que aplicar en lo demás el régimen pres crito por el Código civil para la copropiedad ordinaria. La tesis sostenida por el I Simposio sobre Propiedad Horizontal, según la cual el régimen de administración y de - disposición de los departamentos procomuna-

les debe regirse por la Ley de Propiedad Horizontal, carece de fundamento positivo.

No se puede olvidar que el artículo 4, en su segundo párrafo, contempla el caso de que un departamento pertenezca en proindiviso a varias personas, supuesto para el cual admite que cada propietario pueda ejercitar la acción de división, lo cual equivale a considerar que, en dicha hipótesis, el departamento se halla en situación de copropiedad ordinaria y, a título excepcional, excluye la acción divisoria si el proindiviso se estableció deliberadamente para el servicio o utilidad común de todos los propietarios.

Por lo demás, ni con el Código civil ni con la Ley de Propiedad Horizontal en la mano, cabe sostener que los estatutos confieran a la mayoría la potestad de enajenar el departamento procomunal, tal como cree el Simposio. La solución es evidente -

si se aplica el Código civil, pues la fa  
cultad de disposición sobre las respectii  
vas cuotas corresponde exclusivamente a  
cada comunero, según resulta del artícul  
lo 399 del Código civil, de donde se sig  
gue que para vender la cosa en su totalid  
dad es preciso enajenar todas las cuotas  
y, por ende, deben consentir la enajenaci  
ción todos los partícipes. Si del Código  
civil pasamos a la Ley de Propiedad Horiz  
ontal no me parece que la solución deba  
ser otra, pues, evidentemente, la dispos  
sición, tanto sobre las partes comunes co  
mo sobre las porciones privativas, extrav  
asa la competencia de la junta (salvo,  
claro es, que el acuerdo se adopte por -  
unanimidad), por lo que lo mismo ha de -  
decirse en lo que a los departamentos pro  
comunales respecta, que, en cierto modo,  
participan de las características de amb  
os. El pacto estatutario controvertido  
implicaría una renuncia a la facultad de  
disponer (por parte de cada copropietario

en favor de la mayoría), cuya licitud me parece más que dudosa. Lo más que cabe conceder es que la enajenación pueda realizarse si la unanimidad se obtiene por el sistema que autoriza la regla primera del artículo 16. Con todo, y tal como es tá redactado el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, estimo que lo procedente es reconocer la competencia del Código civil.

Unicamente si el departamento procomunal se constituyó, como tal, con la finalidad de ser vendido (la hipótesis se da bastantes veces en la práctica cuando se trata de comunidades que han autopromocionado la construcción del edificio), sería admisible, tal vez, el pacto en cuestión, ya que cada propietario ha dado por anticipado su consentimiento para la venta, y lo que se confía a la mayoría es la facultad de resolver sobre el momento y las condiciones de la enajenación".



Como vemos, Cámara sólomente admite la posibilidad -y deja su afirmación como dudosa- de que la mayoría pueda realizar la venta si el elemento procomunal fué destinado desde el principio para ello. Pero ocurre -como en otras ocasiones en que el citado autor no parece estar demasiado convencido-, que no nos da argumentos en que basar su opinión. En cuanto al problema del elemento procomunal --destinado ab initio a la venta, nos remitimos a lo dicho anteriormente.

También apunta Cámara, la posibilidad de que la unanimidad requerida pueda ser la del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, aunque, enseguida, parece inclinarse por reconocer, en la materia, la competencia del Código civil.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha abordado el problema de la venta del elemento procomunal en el --concepto que nosotros hemos dado del mismo--en

dos Resoluciones que vamos a examinar.

Resolución de 5 de Mayo de 1970

Por acuerdo de la Junta de una Comunidad de Propietarios, en la escritura de adaptación de los estatutos de la misma a la Ley de Propiedad Horizontal, se desafecta como elemento común la vivienda destinada a portería y se hace constar que tal vivienda seguiría perteneciéndo a la comunidad, si bien por no formar ya parte de los elementos comunes inseparables de la propiedad horizontal, no se incluye en la relación que de estos elementos hacen los estatutos, ni tampoco se describe ni se solicita su inscripción como finca independiente. La escritura se inscribe en el Registro.

Con posterioridad, la Junta acuerda vender la vivienda anteriormente desafectada a una persona y autoriza al Presidente para que, en nombre de la comunidad firme cuantos docu-

mentos públicos o privados sean necesarios hasta la total inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad. Como en la sesión en que tal acuerdo se produce están ausentes tres propietarios, se acordó notificarles el acuerdo y firmaron después en el libreo de actas, su conformidad con la enajenación, dos de ellos, haciéndolo por los herederos de uno de ellos que había fallecido, una de sus hijas, notificándose también el acuerdo a otros posibles herederos mediante acta notarial remitida por correo certificado al titular del piso o sus herederos en la propia finca. En cumplimiento de lo acordado, el Presidente otorga escritura de venta de la vivienda, que se describe correctamente, a favor de quién la comunidad había acordado vender.

Presentada la escritura en el Registro, se califica con la siguiente nota:

"No admitida la inscripción de segregación y venta del piso que fué vivienda --

portaría a que se refiere el precedente documento, por los defectos siguientes:

1º.- No corresponder a la Junta de copropietarios la facultad de enajenación del referido piso, que se atribuye al Presidente en representación de aquellos asistentes al acuerdo y de la ratificación que se dice de los no asistentes, facultad no comprendida -- dentro de los distintos apartados del artículo 13 de la Ley de 21 de Julio de 1960 sobre propiedad horizontal; y

2º.- No constar la ratificación en escritura pública por los demás copropietarios de la enajenación realizada en su nombre por su Presidente. Y siendo, al parecer subsanable este último defecto, no se ha tomado anotación de suspensión por no haberse solicitado".

El Notario autorizante(Pelayo Hore)  
recurre, alegando entre otras cosas: que el con  
dominio en el cual la relación de adscripción

de una cosa al interés de varios hombres se establece individualmente entre cada interesado y la cosa, sin surgir un este colectivo, es figura inestable y anómala mirada con recelo por el legislador que procura su terminación (artículo 400, 404 y 1522 del Código); que cuando los interesados no son extraños entre si, sino que resulta un interés conjunto diferente de la suma de los individuales dispersos, el derecho acude a configurar una persona jurídica y al surgir - ésta con contornos más o menos perfilados desaparece aquella multiplicidad de intereses inco nexos y el legislador dicta disposiciones especiales para regular esas situaciones, una de las cuales es la propiedad horizontal; que el sistema establecido por la Ley de Propiedad Horizontal es totalmente distinto al de la comunidad de bienes del Código: en ésta la unanimidad o mayoría son resultado de hecho de una serie de comportamientos individuales, mientras en aquella delibera y decide colectivamente los asuntos que interesan a la comunidad; que dada la claridad de los artículos 13, 50 y 12 apartado

1º, seguramente el Registrador no ha querido decir que la Junta no tenga facultades para la enajenación si el piso fuese elemento común sino que éste, desde que se tomó el acuerdo de no dedicarlo a portería, dejó de ser elemento común transformándose instantáneamente en un pro indiviso romano regido por el Código; que señalada la eficacia de la voluntad de los propietarios manifestada a través de sus acuerdos en orden a determinar el carácter común o privativo de un elemento del edificio y conseguida la unanimidad en la forma prevista en el artículo 16 de la Ley, el escrúpulo registral dimanó probablemente de que la voluntad de la Junta se manifestó a través de dos acuerdos sucesivos, pero ambos acuerdos constituyen un solo proceso y responden al mismo propósito de vender el piso que por ello se elimina de la relación de elementos comunes y se le señala un porcentaje y que el Registrador entiende que siempre que la Junta se pronuncie sobre la venta de una cosa común, ésta se convierte en un pro indiviso ordinario que requie

re que los propietarios vayan desfilando uno tras otro en presencia del Notario para consentir individualmente la venta de su respectiva participación indivisa, lo cual no fué la voluntad de los propietarios según resulta de sus acuerdos.

El Registrador informó, aduciendo, entre otros argumentos: que en el supuesto existe un exceso de atribuciones concedidas al Presidente; que la Ley no va más allá de su objeto, por lo que rigen los preceptos de la legislación civil para aquellos actos o contratos que han de tener su acceso al Registro de la Propiedad, que el defecto 2º sólo se expone como medio de subsanar el primero; que a la inscripción del documento se opone la legislación civil vigente, en cuanto al derecho de repre-sentación que se atribuye al Presidente de la comunidad con una simple autorización de una parte de ellos y la posterior conformidad de los no comparecientes en la sesión celebrada, por lo cual el Registrador desconoce la capacidad de los copropietarios en cuanto a la libre

disposición de sus bienes, así como sus circunstancias personales, requisitos imprescindibles para la inscripción; que no existe dificultad en que se desvincule de su fin si no se precisa la vivienda del portero y se decida su enajenación; que los actos de enajenación de elementos comunes susceptibles de cambiar de destino exigen, como reconoce el recurrente, la concurrencia de todos los partícipes y que tales actos sean ejecutados por todos, lo que supone el acuerdo unánime de los mismos y que ningún copropietario, incluido el Presidente de la Junta, que sólo representa a la comunidad en los asuntos que afectan a la misma, puede ejecutar por si solo acuerdos de tal naturaleza; que la Ley no ha dotado a la Junta de propietarios de personalidad jurídica, por lo que la representación de su Presidente sólo puede extenderse a los asuntos que no trasciendan a las esferas de la legislación civil e hipotecaria y que la segregación y venta de la portería para constituir vivienda independiente exigen, para su inscripción registral, la comparecencia ante el Notario de todos los partícipes, sin que sea admisible



la representación de los mismos por la comunidad.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección la revoca en base a las siguientes consideraciones:

"Después de acuerdo unánime en Junta de propietarios de desvincular la vivienda-portería como elemento común y de uso funcional -- compartido, a la que se señala, como piso independiente, un determinado porcentaje a la vez -- que se redistribuyen las cuotas de los restantes, la cuestión que plantea este expediente -- consiste en resolver si basta nuevo acuerdo de la junta de propietarios, logrado por unanimi-- dad en la forma establecida en el artículo 16 -- de la Ley, para concertar su venta y autorizar al Presidente para que en nombre de la comuni-- dad formalice escritura e inscripción, o si, -- por el contrario, se necesita que todos los copropietarios, en forma individual, presten consentimiento en escritura pública.

La constitución de un edificio -destinado a viviendas o locales de negocio- en régimen de propiedad horizontal sustrae aquél a la comunidad ordinaria de bienes ordenada en el título III del libro II del Código civil, y crea una figura jurídica original que trata de delimitar el artículo 3º de la Ley de 21 de julio de 1960, señalando un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente y una copropiedad compartida con los demás propietarios, en todos los restantes elementos, pertenencias y servicios, sin duda alguna comunes y, en principio, utilizadas por todos.

Este derecho de propiedad singular -creación intelectual inspiradora de la Ley- se cifra y materializa en la cuota de participación con relación al total valor del inmueble y referido a centésimas del mismo, con la posibilidad de disponer de tal derecho intervivos y mortis causa y de percibir, en su día, si se es

tinguiese el régimen de propiedad horizontal, en los casos señalados por la Ley, una cuota de liquidación en consonancia con la de participación fijada.

Tal cuota de participación no queda, en principio, afectada por la desvinculación - como elemento común de uso compartido de un piso originariamente destinado a portería, el cual - puede continuar siendo explotado como elemento común del inmueble que ya no es usado por todos funcionalmente, sino que su uso y aprovechamiento se cede en forma onerosa, como ocurre con -- frecuencia con ciertos locales de negocio, cuya renta se aplica al pago de gastos comunes y que, incluso, como sucede en el caso cuestionado, -- puede venderse a un extraño, en cuyo supuesto - es ya obligatorio el reajuste de coeficientes - de todos los copropietarios, cuyo número aumenta en una unidad.

Si el piso destinado originariamente a portería y posteriormente desafectado de su - carácter de elemento común de uso funcional compartido, se hubiera inscrito en el Registro de

la Propiedad como local privativo a nombre de to dos los copropietarios y en proporción a sus res pectivas cuotas, la enajenación debería hacerse en forma ordinaria y mediante el consentimiento prestado en escritura pública, de todos los co-- propietarios, cuya voluntad no podría ser susti-- tuída por un acuerdo de la Junta, toda vez que - no son equivalentes la suma de los consentimien-- tos de los copropietarios, individualmente pres-- tados, y el acuerdo de la Junta, aunque se adop-- te por unanimidad, ya que la competencia de ésta es siempre limitada y su forma de actuación, es-- pecial.

Al no aparecer inscrita en el Regis-- tro de la Propiedad a nombre de todos los copro-- pietarios, y como local privativo, el piso desti-- nado originariamente a portería, a pesar de su - previa desafectación como elemento común, la ver dadera naturaleza del acto calificado es la ena-- jenación de un elemento común que se desafecta - previamente con tal finalidad, sin pasar en nin-- gún momento intermedio, a la categoría de local

privativo, razón por la cual han de aplicarse en este caso las normas sobre modificación del título constitutivo y funcionamiento de la comunidad en régimen de propiedad horizontal y, especialmente el artículo 12, en cuanto determina que el Presidente "representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos - que la afecten"; así como el artículo 13, en cuanto establece que corresponde a aquélla -- "conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común"; y el artículo 16, en cuanto exige para los acuerdos de la Junta "la unanimidad para la validez de los que impliquen - aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos", con lo que hay que concluir que corresponde a la competencia de la Junta, si - bién sometida al régimen de unanimidad, el acuerdo modificativo del título constitutivo, de desafectar el piso destinado a portería y enajenarlo en interés colectivo.

En el presente supuesto es de observar que la unanimidad necesaria para la validez del acuerdo se halla reflejada en la correspondiente acta de la Junta, ya que se notificó su contenido a los propietarios que no asistieron, dos de los cuales manifestaron con posterioridad su conformidad en diligencias en la misma acta, y en cuanto al otro no asistente, dejó transcurrir, sin oposición, el plazo de un mes que a partir de la notificación señalada el artículo 16 de la Ley como necesario para que el acuerdo sea vinculante, por lo que hay que concluir que, cumplidos los requisitos legales establecidos, puede el Presidente, en nombre de la Junta de condueños, otorgar la correspondiente escritura de venta.

Se hace innecesario entrar en el estudio del segundo defecto, al no resultar necesaria la ratificación en escritura pública de los demás copropietarios si se considera válida y eficaz enajenación hecha en su nombre por el Presidente de la Comunidad".

Quizá sea interesante comentar algunos puntos de la Resolución anterior:

- 1) Resulta ciertamente extraña la afirmación del Notario recurrente de que en el condominio normal "la relación de adscripción de una cosa al interés de varios nombres se establece individualmente entre cada interesado y la cosa, sin surgir un ente colectivo", por lo que "es figura inestable y anómala", mientras que en la propiedad horizontal "los interesados no son extraños entre si, sino que resulta un interés conjunto diferente de la suma de los individuales dispersos" por lo que "el derecho acude a configurar una persona jurídica y al surgir ésta con contornos más o menos perfilados (87) desaparece aquella multiplicidad de intereses inconexos y el legislador dicta disposiciones especiales para regular esas situaciones". Es decir, el Notario califica a la propiedad horizontal de persona jurídica "con contornos más o -

menos perfilados". La afirmación no puede estar más alejada del texto legal que, como hemos visto anteriormente, rechaza la idea de persona jurídica, y de la doctrina más autorizada sobre la materia. Bien es cierto que como todo se había realizado como si se tratara de una persona jurídica, era la forma más clara de mantener que se había realizado correctamente.

- 2) Es tremendamente sólida la afirmación que realiza el Registrador de que, con el procedimiento utilizado se desconoce la capacidad de los copropietarios en cuanto a la libre disposición de sus bienes. Pero yo diría más: se desconoce o puede desconocerse, o al menos no se acredita, la misma existencia de un copropietario que no ha asistido a la Junta ni ratificado el acuerdo. De donde se deduce que puede enajenarse una cosa propia (la vivienda del portero que es una copropiedad) sin mediar el propio consentimiento. El esquema se aproxima enormemente al de la persona jurídica, -



con la diferencia -básica y esencial- de que en ésta el partícipe no es titular de los derechos que dicha persona ostenta, sino só lamente de una cualidad: la de socio o asociado.

- 3) La Dirección entiende que la desafectación del elemento común que se realiza por virtud de la primera de las juntas celebradas lo único que hace es cambiar el destino de tal elemento común "el cual puede continuar siendo explotado como elemento común del inmueble" cuyo "uso y aprovechamiento se cede en forma onerosa", para basar en tal afirmación la conclusión de que, al no haber dejado en ningún momento tal elemento de ser común, -- tiene facultades la junta para proceder a su enajenación. Tal afirmación, ni se corresponde demasiado con lo acordado en la primera de las juntas, en la que se afirma que la nueva vivienda seguiría perteneciendo a la comunidad, si bien por no formar ya parte de los elementos comunes inseparables de la propiedad horizontal, no se incluye en la relación que de esos elementos hacen los estatutos, ni es suficiente para la conclusión a -

la que se llega, pues la enajenación de un elemento común excede claramente de las funciones de la junta que sólo puede acordar - el cambio de destino o naturaleza del mismo, siendo la enajenación un derecho que corresponde en exclusiva a los copropietarios considerados individualmente.

- 4) Hay un hecho que parece esencial para el fallo: el primer acuerdo tan repetido cambió la naturaleza de la vivienda del portero -- que, de ser un elemento común, pasó a ser - un elemento privativo en copropiedad ordinaria. Por ello creemos que se inscribió indebidamente, al no constar su cuota de participación; en consecuencia, la Dirección se encuentra con un asiento que está "bajo la salvaguarda de los Tribunales" en el que -- existe un elemento que no es común -lo que se revela claramente por su eliminación de la enumeración de tales elementos- y que, realmente, tampoco parece privativo, al no tener cuota de participación.

Por ello estimamos que tiene razón Carretero (88) cuando afirma:

"Cuando el 5 de mayo último la Dirección General de los Registros falló a favor del Notario recurrente, el recurso - objeto de este comentario, dió un decidido paso hacía el reconocimiento de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios sometidas a la Ley de Propiedad Horizontal. Acaso este camino sea acertado y - aceptable en vista del derecho comparado y de la realidad jurídico social (89), pero no está exento de peligros, por cuanto siempre se producen distorsiones al introducir un principio nuevo en tanto no se cambian - las normas instrumentales que constituyen - el sostén del anterior contrario".

Y es que la junta se excede de sus facultades cuando acuerda la venta, porque, como dice, con toda razón y precisión Carretero (90):

"Si consideramos demostrado que la Ley vigente no contempla más dominio que el exclusivo sobre el piso del que es anejo la participación de condominio sobre los elementos comunes; que para ella no hay más que pisos privativos y elementos comunes destinados al común y que cuando un elemento deje de ser común por su destino ha de pasar a privativo, no debe extrañarnos que no haya previsto la enajenación de elementos comunes como una de las facultades de la Junta, Si la Ley hubiera querido conceder a la Junta facultades de disposición de los elementos comunes lo hubiera hecho en el lugar más destacado del artículo 13. Incluir tales facultades en el "ecetera" de su apartado 5º, cuando las primeras y principales de la enumeración del artículo son de mera administración, no parece interpretación correcta. La Ley ha estimado que estos actos de disposición deben realizarse individualmente por el total de los propietarios por ser algo que afecta a su derecho primordial

de propiedad ordinaria singular y exclusiva sobre su piso de la que es accesoria la titularidad compartida sobre los elementos comunes. Igual tiene que darse sentido restrictivo y limitado al apartado 4º. De la misma manera que los llamados derechos individuales del accionista están sustraídos de la competencia de la Junta general de la S.A., así la actividad que desarrolla la Junta de Propietarios se encuentra "limitada por los preconstituídos derechos subjetivos de los condueños" (Peretti Griva)".

Resolución de 15 de junio de 1973

La Junta de propietarios acuerda, por unanimidad y con asistencia de todos sus componentes, suprimir el servicio de portería, configurar la antigua vivienda del portero como finca propia e independiente fijando su descripción y cuota y vender la misma. Por no haberse podido realizar la venta, el acuerdo no fué llevado a efecto en ninguna de sus partes.

Ocho años después, la Junta acuerda por una nimidad -pero habiendo faltado a la misma - tres de los condueños- poner en práctica lo convenido en la reunión anteriormente citada en el sentido de desvincular la vivienda de portería, que pasaría a ser un piso más de la casa desprovisto de su carácter de -- elemento común y vender tal vivienda a una persona. Se acuerda también rectificar las cuotas de los pisos, notificar a los propietarios ausentes el acuerdo a los efectos del artículo 16 de la Ley y facultar al presi-- dente para todos los actos necesarios en relación con los anteriores acuerdos, otorgando las correspondientes escrituras públicas o documentos que se precisen. En cumplimiento de dichos acuerdos, se notifican a dos de los propietarios ausentes "o sus herederos", ya que el tercero prestó después de la Junta su consentimiento.

Presentada en el Registro la escritura en que se ejecutaban los acuerdos y se --

vendía la vivienda, se califica por el Registrador con la siguiente nota:

"Denegada la inscripción del documento que precede, ..... por observarse los siguientes defectos:

1º.- En cuanto a la compraventa que en el mismo se comprende, falta de capacidad de la Comunidad de Propietarios para realizar la enajenación, toda vez que dicho acto no se halla comprendido en la Ley de Propiedad Horizontal, por la que se rige.

2º.- En relación con el defecto anterior, falta de previa inscripción a favor de quién proceda, con infracción del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

3º.- Falta del consentimiento -- que previene el artículo 1413 del Código civil para actos de disposición de bienes inmuebles de las esposas de los titulares re-

gistrales casados.

4º.- Falta de autenticidad en -  
las notificaciones hechas a dos de los pro-  
pietarios no asistentes o sus herederos, no  
apareciéndolo en cuanto a los últimos justi-  
ficado dicho carácter y si son uno o varios,  
a fin de determinar si pueden ostentar la -  
representación de la herencia y cali-  
ficar su capacidad.

5º.- Falta de previa inscripción  
a favor de doña XX del piso 1º, exterior de-  
recha, que aduce comprado en la escritura de  
consentimiento, a los acuerdos adoptados, así  
como la falta de previa inscripción a favor  
de los herederos de los propietarios notifi-  
cados, caso de su fallecimiento.

6º.- Infracción del artículo 11 -  
de la Ley de Propiedad Horizontal en cuanto  
que procediéndose a una alteración en los --  
elementos comunes, el acuerdo adoptado no fi-



ja el titular o titulares del nuevo piso, que se ha desafectado de la condición que anteriormente tenía de elemento común, si no que directamente se procede a su venta .....

Y siendo insubsanable el primero de los defectos consignados, no procede anotación preventiva de suspensión, la cual tampoco se ha solicitado".

Contra la anterior calificación recurre el Notario autorizante (Sanz Fernández) alegando, entre otros argumentos, que la Resolución de 5 de mayo de 1970, -- que fué tomada en cuenta y sirvió de pauta para el otorgamiento de la escritura calificada, resuelve prácticamente la cuestión -- al decidir un caso idéntico en líneas generales al planteado; que el poder dispositivo sobre los elementos comunes de una casa en régimen de propiedad horizontal ha de -- corresponder a la Comunidad entendiendo --

por tal el conjunto de propietarios de pisos del inmueble, siendo el problema el de determinar qué órgano de la comunidad es el legitimado para ejercer este poder dispositivo; que teniendo en cuenta las peculiaridades de la Propiedad Horizontal y la legislación y jurisprudencia aplicables, hay que concluir que toda clase de asientos que afecten al interés común son de la competencia de la Junta General, conforme al número 5 del artículo 13, cualquiera que sea su naturaleza, sin que quepa excluir, puesto que en él no se establece limitación alguna, los actos de disposición y enajenación de elementos comunes; que de no admitirse la venta por la Junta de Propietarios tendrían que realizarla éstos, lo que no se ajusta a la realidad, pues es la Comunidad la que vende, y sería, además, contrario a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal, que no faculta a todos los propietarios individualmente considerados para realizar ningún acto de interés general de la Comunidad; que el -

artículo 20 de la Ley Hipotecaria queda cumplido al ser la vivienda portería un elemento común de la Comunidad, que al desafectarlo y venderlo pasa directamente al adquirente, mientras que si se pretendiere una adquisición intermedia sería extraña, sin saberse a ciencia cierta a nombre de quién tendría que hacerse; que no son los propietarios de pisos quienes venden, sino la Comunidad, razón por la cual, el consentimiento de los cónyuges de los propietarios no es preciso; que, por lo que se refiere a la representación de un copropietario fallecido, la Propiedad Horizontal no es un condominio romano, sino una comunidad de especiales características, cuya actividad no puede quedar paralizada por -- cuestiones que afecten privativamente a los titulares de pisos, como se aprecia claramente si se piensa en unas reparaciones urgentes que hubiese que realizar.

El Registrador informó aduciendo, entre otros, los siguientes argumentos: que en toda la argumentación del recurrente late la idea

de que la Comunidad de Propietarios en la Propiedad Horizontal es un ente jurídico con personalidad propia distinta de cada uno de sus miembros componentes; que entiende, por el contrario, de acuerdo con lo que afirma la generalidad de los tratadistas, que no es tal, y no siéndolo, no puede ser titular del derecho de propiedad, y, por consiguiente, no radica en ella el ius disponendi; que es de indudable -- competencia de la Junta de Propietarios acordar la desvinculación de la vivienda de su destino y la modificación de las cuotas, pero no así -- la venta de la portería que es facultad exclusiva de los propietarios, en quiénes radica el poder dispositivo; que las facultades de la -- Junta de Propietarios se refieren a las cues--tiones de interés general para la Comunidad en los casos de uso común, y si se enajena un local no puede decirse que sea para el mejor servicio a la Comunidad; que a la enajenación le son aplicables todas las normas legales en materia de transmisión y, por consiguiente, también el artículo 1413 del Código civil sobre con

sentimiento de la mujer casada, así como toda la legislación referente a la transmisión sucesoria.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por estimar que la facultad de enajenar un piso desafectado no corresponde a la Comunidad.

La Dirección revoca la nota en base a los siguientes considerados:

"En este expediente se plantea la cuestión de si la Junta de Copropietarios puede, con arreglo a la Ley de Propiedad Horizontal, - en virtud de acuerdo unánime de sus miembros, - desafectar la portería como elemento común del inmueble y proceder a su enajenación para que - como vivienda separada e independiente se inscriba en los libros registrales con la correspondiente cuota de participación y demás circunstancias exigidas en la legislación vigente.

Como ha puesto de relieve reiteradamente la jurisprudencia de este Centro, y se ha recogido ya en el artículo 3º de la Ley, en todo edificio constituido en régimen de Propiedad Horizontal hay que diferenciar la existencia de un derecho singular y exclusivo de su propietario sobre el piso o apartamento individualmente considerado, por ser susceptible de aprovechamiento independiente, y, además, una copropiedad compartida con los restantes condueños sobre los elementos comunes y que, en principio, es susceptible de ser utilizada por todos.

Esta parte de copropiedad, en la que se pueden distinguir unos elementos tan esenciales como suelo, cimientos, paredes maestras etc., que constituyen el soporte de la propiedad individual del piso o apartamento, y otros que no lo son, pero que cumplen una finalidad comunitaria y se encuentran al servicio de todos los propietarios individuales en su aprovechamiento y utilización; tanto unos como otros requieren de la existencia de un órgano que se encargue de su admi

ministración y régimen, y así lo ha reconocido la vigente Ley, que en sus artículos 12 y 13 establece las facultades que a la Junta de Propietarios corresponden.

Sin haber llegado nuestra legislación a atribuir personalidad jurídica independiente de la de los copropietarios a la mencionada Junta, ello no obstante, no cabe duda que la Ley de Propiedad Horizontal ha superado el clásico concepto de la copropiedad romana o -- por cuotas, de la que se aparta al no reconocer a los copropietarios la acción de división o el derecho de retracto y por eso ha tratado de que el régimen de esta comunidad -que al fin y al cabo, constituye el núcleo básico para que pueda existir el de propiedad individual sobre cada piso- tenga una regulación personalísima, - en la que los intereses comunitarios predominen sobre el individual y encuentren su debida protección jurídica a través del órgano competente y con las facultades y límites que la propia -- Ley señala.

Entre las facultades que corresponden a la Junta de Condueños se encuentran, según declaró este Centro directivo en resolución de 5 de mayo de 1970, la de poder desafectar un elemento común, como la portería, y proceder o bien a adjudicarlo a todos los propietarios -- del edificio, que lo adquirirían en proindiviso y podrían inscribirlo a nombre de todos ellos en el Registro de la Propiedad, o bien a enajenarlo directamente a un extraño, pero tanto en uno como en otro caso una vez se haya hecho la previa redistribución de cuotas, ya que el número de copropietarios ha aumentado en una undad.

La posibilidad de que la Junta de Propietarios pueda enajenar directamente un elemento común que ha sido desafectado aparece fundamentada, según expresó la mencionada resolución, en la verdadera naturaleza del acto realizado, - ya que al no pasar dicho elemento común -portería en este caso-, en ningún momento intermedio, a la categoría de local privativo han de aplicarse las



normas sobre modificación del título constitutivo y funcionamiento de la comunidad en régimen de Propiedad Horizontal, o sea, las establecidas en los artículos 12 y 13 y, sobre todo, el 16 de la Ley Especial, que entrañan la concesión a la Junta de unas facultades que exceden de las meramente administrativas, ya que pueden suponer auténticos actos de disposición, y por eso precisamente se exige la unanimidad en la forma que dicho artículo ordena para que el acuerdo sometido a la competencia de la Junta sea válido.

De lo expuesto aparecen resueltos algunos de los otros defectos de la nota calificadora que están íntimamente relacionados con el primero, que acaba de estudiarse, como es el número 6º, en cuanto que al estar facultada la Junta de Propietarios para realizar la desafectación y su siguiente venta no ha habido infracción del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, por cuanto que no son los propietarios individualmente quienes enajenan el elemento co-

mún, sino la primera, que es la que tiene el poder de disposición, ni tampoco infracción del artículo 20 de la Ley Hipotecaria -defecto 2º-, ya que no se vulnera, por las mismas razones antes indicadas, el principio del tracto sucesivo, y por ello no es procedente la previa inscripción del elemento común desvinculado a favor de los propietarios de los restantes pisos o locales en proindiviso, ni, por último, y por idéntico motivo, se conculca el artículo 1413 del Código civil, ya que al no disponer individualmente cada uno de los copropietarios no se requiere el consentimiento de las, en su caso, -- respectivas esposas.

Al examinar el defecto número 4 se observar que la notificación fué realizada en la forma prevista en el artículo 202 del Reglamento Notarial, al ser remitida por correo certificado al titular del piso o a sus herederos en la propia finca, por lo que hay que estimarlo como suficiente, tal como ya declaró la resolución de 1 de abril de 1965, y sin que sea nece-

sario, para no repetir argumentación, entrar en el exámen del resto del defecto, así como en la parte del 5º, del que no han desistido los funcionarios calificadores, ya que al no tratarse de un condominio romano y dadas las formalidades y requisitos establecidos en el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, con la consiguiente unanimidad lograda, hacen que el acuerdo sea vinculante y que puda el - presidente, en base a ellos, otorgar la escritura de compraventa discutida".

Podíamos hacer a esta Resolución - los mismos comentarios que aplicábamos a la - de 1970, por ser esencialmente idénticas. Quizá, además, cabría aquí resaltar lo siguiente:

1) Entre los argumentos del Nota--rio prevalece como básico el de la cita de la Resolución de 1970, como si la razón máxima - que le hubiera inclinado a autorizar la escritura fuera la existencia de ésta, más que la concurrencia de razones de fondo.

2) El Notario insiste, y la Dirección recoge la idea en que propiedad horizontal es algo distinto en esencia del condominio romano.

3) Se recalca también la idea de - que el derecho a disponer de los elementos comunales pertenece a la comunidad.

Por todo ello, nos parece errónea la doctrina de la Dirección, que no entendemos en profundidad, sin atribuir personalidad jurídica a la Comunidad. Quizá se esté reconociendo una cierta personalidad, pero da la impresión de que incluso da miedo el decirlo.

Quizá desde el punto de vista práctico, se faciliten así las cosas, pero el facilitarlas no siempre quiere decir hacerlas más justas, cuando mediante tal facilidad se pueden permitir enajenaciones sin consentimiento del titular de la cosa enajenada ya que, por mucho que se diga, el titular no es la Comuni-

dad, que no goza de personalidad jurídica, y por mucho que se cargue el acento en la unanimidad -que justifica, según la Dirección, la validez de los actos de enajenación-, no puede olvidarse que la misma puede obtenerse a través del silencio.

D) Renuncia. - Al venir la titularidad del elemento procomunal determinada por la propiedad de un elemento privativo, no cabe la renuncia al mismo. Unicamente podrá renunciarse tras la desafectación de tal elemento y su conversión en condominio ordinario, en cuyo caso se podrá renunciar, por aplicación del artículo 395 del Código civil, y su efecto será el del acrecimiento al resto de los partícipes.

N O T A S

- 1) Cámara Alvarez: "Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal". Centro de Estudios Hipotecarios. Curso de Conferencias sobre Propiedad Horizontal y urbanizaciones privadas. Madrid 1.973.
- 2) De Castro y Bravo: "Derecho civil de España" Madrid 1955; Parte general I pág. 515.
- 3) De Castro y Bravo: Ob. cit. I págs. 523 y 524.
- 4) De Castro y Bravo: Ob. cit. I pág. 526.
- 5) Cámara Alvarez: Ob. cit.
- 6) Carretero García: Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre 1973, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario nº 502 (1974) pág. 637.

- 7) "Comentarios al Código civil español", 5<sup>a</sup> ed, Madrid 1920, Tomo III, pág. 514 y siguiente.
- 8) "Derecho civil español, común y foral"; 4<sup>a</sup> edición; Madrid, 1957 pág. 353 y 354
- 9) "Fundamentos de derecho civil", 2<sup>a</sup> edición: Barcelona, 1973. Tomo III, volumen II, pág. 43.
- 10) "Derecho civil" III volumen 1<sup>º</sup> pág. 321.
- 11) "Instituciones de derecho civil" Madrid, 1974, volumen 2<sup>º</sup> pág. 166.
- 12) "Instituciones de derecho civil" Madrid, 1975; volumen II, pág. 543.
- 13) Citada por Puig Brutau, ob. cit. pág. 45.
- 14) En este sentido se pronuncia el I simposio sobre propiedad horizontal al afirmar que, frente al criterio de que las plazas de garaje só

lo puede ser pisos o locales cerrados, "la comisión entiende que el criterio de la Ley de Propiedad Horizontal tan sólo se refiere a "espacios suficientemente delimitados" y que cumplan este requisito las plazas de garaje individualizadas mediante rayas pintadas en el suelo y perfectamente identificadas por su descripción en el título constitutivo", aunque la afirmación anterior parece referirse sólo al supuesto de una propiedad horizontal constituida exclusivamente - por plazas de garaje ("Acta de las sesiones de trabajo del I Simposio sobre propiedad horizontal. Valencia, 1972, pág. 12).

15) Ob. cit. pág. 639.

16) Ob. cit. pág. 639.

17) Cuando el jurista práctico plasma en un documento público o privado un negocio jurídico, corre el riesgo de no cumplir con el elemental requisito de la claridad. Con lo cual, -



muchas veces con el propósito de proteger me jor a una o a ambas partes, se les aboca, ca si sin remisión a dificultades y pleitos. Y este requisito se convierte en absolutamente necesario cuando el acto o contrato va a pro ducir efectos frente a terceros, mediante su ingreso en un Registro Público; entonces la claridad debe ser tan meridiana que cualquier técnico en derecho aunque no sea especialista en la materia de que se trate, pueda llegar a ver con facilidad las consecuencias de lo ins crito. Por eso pienso que, en todo caso, debe negarse el acceso al Registro de la Propiedad de todas aquellas cláusulas inscribibles que puedan producir inseguridad, por su oscuridad.

18) Es lamentable, en la realidad jurídica de todos los días, que la inmensa mayoría de los - Estatutos de las propiedades horizontales nacen siendo nulos; sea este extraño supuesto porque en esta gran mayoría de casos, los Estatutos los otorga el titular ~~reg~~ <sup>reg</sup> ~~istral~~ <sup>istral</sup>, que es el constructor, cuando ya parte o todos

los pisos y locales están vendidos a terceras personas, que ya son propietarios de los pisos o locales por haberlos comprado en documento privado, y haber tomado posesión de ellos. Esto puede tener una ventaja: que se evita el problema de que un número de personas, a veces elevado, y a quienes no es fácil poner de acuerdo, tengan que aprobar los Estatutos; pero el sistema tiene un gran inconveniente; que el constructor - como a veces ocurre - trata de prevalerse de dicha situación para, al redactar los Estatutos, otorgar ventajas en favor de los pisos o locales aún no vendidos, con lo cual se puede facilitar su venta, y en contra de los ya vendidos. Todo ello podrá hacer pensar si no sería mucho más beneficioso para proteger a los compradores de pisos, imponer al constructor obligaciones en cuanto a la inscripción de la propiedad horizontal antes de proceder a la venta y estimularse de varias formas para que las ventas de los pisos se hicieran desde el principio en documentos públicos. Pensamos que, si bien la solución no es fácil, sería mucho más eficaz que -

el sistema de depósito y garantía de las cantidades anticipadas que es el arbitrado para proteger al comprador.

Claro que el hecho de que los Estatutos nazcan nulos, no quiere decir que, en definitiva lo vayan a ser, ya que, en la mayoría de los casos son aceptados por los partícipes en la propiedad horizontal.

- 19) Amorós Guardiola: Comentario a la Resolución de 4 de noviembre 1968, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario nº 472 (mayo-junio 1969) -- pág. 766 y ss.
- 20) Sapena Tomás: "Naturaleza y disposición de pisos y locales proindiviso en la propiedad horizontal" Revista Crítica de Derecho Inmobiliario nº 482/1971.
- 21) Cámara Alvarez, Soto Bisquest y Garrido Cerdá: "Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la Propiedad Urbana, po--

nencia presentada al IX Congreso Internacional del Notariado Latino. Publicado también en Revista de Derecho Notarial, Tomo 64.

22) Ob. Cit.

24) Insuficiencia ..... pág. 48 y 49

25) Ob. cit. pág. 100 y 101

26) Ob. cit pág. 91

27) Ob. cit pág. 102 y ss.

28) "Problemas de técnica notarial ante la nueva - Ley de Propiedad Horizontal"; Publicaciones del Centenario de la Ley del Notariado; Estudio de Derecho Notarial, Vol. I. Madrid, 1962.

29) Barrenechea Maraver "Estatutos y Ordenanzas de la Propiedad Horizontal. Juntas de condueños y actas de disposición sobre elementos comunes y privativos", en "Estudios de Derecho Privado,

I. Ed. Reus. Madrid 1962

- 30) Alvarez Alvarez: "El Título constitutivo de la propiedad horizontal; Publicaciones del centenario de la Ley del Notariado." Estudios jurídicos varios" Vol II. Madrid 1.965.
- 31) Ob. cit. pág. 638.
- 32) Ibid.
- 33) Insuficiencia ... pág. 51 y nota 12 a pie de página.
- 34) A esta solución parecen inclinarse Cámara, Garrido y Soto : Modalidades pág. 76.
- 35) En el sentido cfr. también el artículo 396 del Código civil.
- 36) En esta sentencia se plantean otros problemas que no examinamos. Aquí sólo estudiamos aquellos relacionados con la contribución a los gastos -

causados por los elementos comunes.

37) Los subrayados son nuestros.

38) Insuficiencia ..... pág. 52 y 53

39) El subrayado es nuestro.

40) "En el Anuario de Derecho Civil" Tomo XXIV  
fascículo III, Julio-Septiembre 1971, pág. 1069  
a 1081.

41) Ob. cit. pág. 1081

42) Así Cámara:"Insuficiencia....." pág. 52

43) Acta de las reuniones de trabajo celebradas por  
las Comisiones de Estudio del I Simposio sobre  
propiedad horizontal. Valencia, Octubre 1972,  
pág. 18 y 19

44) Acta citada pág. 14 y 15

- 45) El subrayado es nuestro
- 46) "Insuficiencia ....." pág. 57 a 59
- 47) Pág. 93 y ss.
- 48) El subrayado es nuestro
- 49) ¿Cómo es posible que, sobre distintas propiedades, por muy interdependientes y funcionales que sean quepa constituir una sóla hipoteca, como admite y regula el artículo 218 del Reglamento hipotecario?. La posibilidad de constituir una sóla hipoteca no es sino una clara consecuencia de tratarse de una sóla finca, y cuando sobre una sóla finca recaen diversos derechos de propiedad estamos ante una situación de copropiedad. Por eso es indudable la estrecha relación, y no sólo de proximidad, sino de naturaleza, entre este artículo 218 y su inmediato anterior cuando establece que " si se tratase de hipotecar varios derechos integrantes del dominio o participa-

ciones proindiviso de una finca o derecho, podrán acordar los propietarios o titulares respectivos, para los efectos del artículo anterior, la constitución de una sólo hipoteca sobre la titularidad de los derechos, sin que sean necesaria la previa distribución.

- 50) Cossio y Cerral: "Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica. A.D.C. julio-septiembre 1954 pág. 647.
- 51) De Castro y Bravo" La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica," A.D.C. 1959 pág. 1398 y 1414.
- 52) Ob. cit. pág. 1405 1406.
- 53) De Castro y Bravo: "Temas de Derecho Civil". Madrid 1972 pág. 76
- 54) De Castro y Bravo:"Formación y Deformación del concepto de persona jurídica (Notas preliminares para el estudio de la persona jurídica).



Publicaciones del Centenario de la Ley del Notariado. Sección tercera. Estudios Jurídicos varios. Volúmen I. Madrid, 1964, pág. 112 a 114. La reiteración de las citas de De Castro en esta materia radica en que, a nuestro modesto entender las monografías que de dica a la persona jurídica son, sin duda, - una monumental aportación al estudio del te ma. Sirva esta apreciación y el hecho de -- considerarnos discípulo del maestro de Cas- tro, con el que modestamente hemos colaborado largos años en la Universidad de Madrid, como disculpa de dicha reiteración.

55) Acta..... citada pág. 15 y 16

56) Ob. cit. pág. 653

57) No podemos aquí detenernos en el exámen de es ta cuestión pero creemos que la afirmación es indudable; por lo demás en todo este campo -- suscribimos totalmente las opiniones de De - Castro en "El Negocio Jurídico", Madrid 1967,

obra monumental y concluyente sobre la difícil materia.

58) Cossio: ob. cit. pág. 653 y 654

59) Ob. cit.

60) Ob. cit. pág. 170 y 171

61) Ob. cit.

62) De Castro: "Temas de Derecho Civil", Madrid 1972, pág. 71

63) Acta cit. pág. 10 y 11

64) Véase, por ejemplo, Escrivá de Romaní: "Lo imperativo y lo dispositivo en la Propiedad Horizontal". RCDI 1967, nº 462 pág. 1233 ss.

65) Modalidades .... cit. pág. 61

66) "La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho

español". 2<sup>a</sup> edición. Madrid 1973.

67) Insuficiencia ..... cit. pág. 49 y 50

68) Acta ..... cit. pág. 10

69) "Elementos comunes, procomunales y anejos: ca  
racteres diferenciales y disposición de los -  
mismos" RCDI n° 518 Enero-Febrero 1977. pág.  
141 y 148

70) Ob cit. pág. 93 y 94

71) Ob. cit. pág. 95 y 96

72) El subrayado es nuestro

73) Ob cit. pág. 96 y ss.

74) Ob. cit. pág. 141

75) Ob. cit. pág. 91 y ss.

- 76) En el Capítulo IV.
- 77) Delgado Rollán:"Finca independiente, elemento común de otras"RCDI N° 482, Enero-Febrero 1971 págs. 12 y ss.
- 78) Así Sapena. Ob. cit. pág. 93; I Simposio sobre Propiedad Horizontal. Acta, pág. 11: Cámara Ob. cit. pág. 51.
- 79) Ob. cit. pág. 94.
- 80) No quiero pasar adelante sin aludir un problema mucho más general que el que se aborda aquí; se trata del tremendo problema de la ingerencia -nefasta- de las normas fiscales, singularmente de la legislación sobre los Impuestos de - Transmisiones Patrimoniales y Sucesiones sobre el Derecho Civil.Como a efectos de estos Impuestos se tiene en cuenta"la verdadera naturaleza del acto o contrato";el jurista que interviene en la contratación privada se encuentra muchas veces ante la"necesidad"de alterar dicha naturaa

leza para evitar la imposición o un determina  
do tipo de imposición. Creo que no exagero al  
decir que el ochenta por ciento de los nego--  
cios simulados tienen su causa en problemas -  
fiscales; valga traer aquí el ejemplo de la -  
donación simulada bajo la forma de compraven-  
ta, o de la cantidad importante de emancipa--  
ciones que se producen por razones fiscales -  
(para evitar que el padre tenga que actuar re  
presentando a un hijo en una compra, y evitar,  
en consecuencia, que se liquide por donación  
del padre al hijo). Y el problema es pavoro-  
so si pensamos que la inmensa mayoría de los  
documentos en los que se formaliza un contrato  
de compraventa son falsos en la expresión del  
precio. ¿No sería posible que el legislador,  
que declara solemnemente que el Impuesto de  
Transmisiones Patrimoniales recae sobre el ver  
dadero valor de los bienes transmitidos, y no  
sobre su precio, fuera consecuente consigo mis  
mo y aplicara ese verdadero valor no sólo cuan  
do es superior al precio que se declara, sino  
también cuando es inferior?. Con esta incidenu

cia estamos produciendo un tremendo falseamiento de nuestra contratación y favoreciendo la existencia de "contre lettres" que sólo en casos muy contados aparecen en la realidad. Perdóneseme esta digresión pero no puedo silenciar un problema que me parece gravísimo para nuestra vida jurídica.

81) Insuficiencia .....pág. 49

82) Ob. cit. págs. 141 y 148.

83) Ob. cit. pág. 104

84) Ob. cit. pág. 115 y ss.

85) Acta, pág. 11

86) Ob. cit. págs. 50 y 51

87) El subrayado es nuestro

88) Comentario a la Resolución citada, en R.C.D.I  
nº 480, de 1970, págs. 1246 y ss.

89) Por lo dicho anteriormente, no estamos de acuerdo con esta afirmación incidental de Carretero.

90) Comentario citado.

I N D I C E

---

I.-	Introducción .....	1
II.	<u>El artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal.Génesis</u>	11
III.	<u>La ocasión de este estudio: el problema de los garajes,</u>	32
IV.-	<u>Concepto</u> .....	72
	A) El supuesto típico del elemento procomunal .....	72
	B) El elemento procomunal como piso o local independien te (elemento privativo) .....	74
	C) El elemento procomunal como elemento común acciden- tal .....	92
	1) Introducción .....	92
	2) Las clases de elementos comunes .....	100
	a) Elementos comunes esenciales y accidentales ..	101
	b) Elementos comunes totales y parciales .....	103
	d) Elementos comunes de servicio parcial .....	109
	3) Incidencia del problema de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal .....	145



a) ¿Propiedad o copropiedad? .....	146
1) Teorías dualistas .....	147
2) Teorías monistas .....	157
b) Propiedad horizontal y persona jurídica ....	174
D) El elemento procomunal como "tertium genus" .....	200
E) Autonomía de la voluntad en la calificación del elemento procomunal .....	20
F) Notas determinantes del concepto de elemento pro- comunal .....	21
 V.- <u>Características</u> .....	21
A) El titular del elemento procomunal .....	21
B) El elemento procomunal ¿debe tener cuota? ...	26
C) ¿Debe ser un piso o local susceptible de apro- vechamiento independiente? .....	26
D) ¿Debe estar dentro del edificio o puede estar fuera? .....	27
E) El destino del elemento procomunal .....	27
 VI.- <u>Régimen jurídico</u> .....	28
A) Utilización .....	28
B) Administración .....	29
C) Disposición .....	29

1) Disposición de la cuota sobre el elemento pro <u>o</u> comunal .....	297
2) Disposición del elemento procomunal en su con <u>o</u> junto .....	309
D) Renuncia .....	360
Notas .....	361